

QUESTIONI NUOVE DI PROCEDURA PENALE

raccolte da A. Gaito, G. Paolozzi e G.P. Voena

4

CRISTIANA VALENTINI REUTER

LE FORME DI CONTROLLO
SULL'ESERCIZIO
DELL'AZIONE PENALE



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

1994

Volume realizzato nell'ambito di iniziative coordinate al progetto nazionale di ricerca C.N.R. su «La funzione d'accusa tra le esigenze di tutela della collettività e le garanzie dell'individuo: la metamorfosi del pubblico ministero nel passaggio dal modello inquisitorio al processo di parti», in corso di svolgimento, diretto da Alfredo Gaito dell'Università di Perugia, con la partecipazione di Vincenzo Garofoli, Giovanni Paolozzi, Vincenzo Perchinunno, Guido Pierro, Giuseppe Riccio, Giuseppe Ruggiero, Paolo Tonini.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 1994 by CEDAM - Padova

ISBN 88-13-19091-3

A norma di legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazione o altro.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Fotocomposizione: Studio Gordini (Padova)

*A mio padre, che mi ha insegnato l'amore per il diritto,
e al mio Maestro, che, sin dalla prima lezione perugina,
mi ha trasmesso l'amore per la procedura penale.*

CAPITOLO PRIMO

IL DOGMA DELL'AZIONE PENALE

SOMMARIO: 1. Generalità. – 2. L'azione. – 3. L'azione penale. Cenni storici e lineamenti evolutivi.

1. Generalità

Alla dottrina processualpenalistica non è mai mancata la consapevolezza dell'ancillarità originaria del proprio campo d'indagine rispetto al diritto processuale civile. Di più: non è mai venuta meno la consapevolezza del suo recente porsi come "scienza", oggetto di approfondimento gnoseologico e ricostruzione dogmatica ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sulla mancanza di un discorso scientificamente impostato nello studio della procedura penale, v. A. STOPPATO, *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, in *Riv. Pen.*, 1893, vol. XXXVII, 305. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 1991, p. 90, nota come la letteratura penalistica nasca come procedura, tanto nell'anonimo "*Tractatus de tormentis*", quanto nel "*Tractatus de maleficis*", opera di Alberto Gandino datata 1286, ma «...hanno sorti diverse le due materie disegualmente coesistenti nel famoso libellus: l'esigua viene su, arricchita da statuti, commenti, consilia; l'altra cade in una stasi lunga quanto l'epoca inquisitoria, mezzo millennio. Da Alberto Gandino al tardo settecento, la procedura è "waste land": vi cresce assai poco...». Il segreto inquisitorio, l'informalità dell'omonimo processo, la mancanza di dialettica dibattimentale chiaramente non stimolano l'interesse del giurista all'approfondimento scientifico e così «...non esiste una procedura penale, constata-no Carrara, Stoppato, Lucchini, e seguita a non esistere nel "Manuale" che Manzini pubblica cum strepitu alla vigilia del nuovo codice...: è subalterna al diritto penale, alla cui coda la legano i programmi universitari; e i penalisti non se ne occupano; poco e male insegnata, non trova chi la studi; né, così vile, attira cultori seri. Alla fine, eretta ad insegnamento autonomo (r.d. 30 settembre 1938 n. 652), esce dal letargo, ma i residui della lunga latenza pesano sulla prassi; misurata sul discorso giurisprudenziale, l'abilità operativa media vi appare alquanto inferiore rispetto alle materie codificate nobili». In una contingenza del genere era ovvio che il ritardo nell'evolu-

Accanto a questo comune riconoscimento di debito "tecnico" e, più ancora, semantico, si è sviluppato, però, nel corso del XX secolo, un ricorrente, ed in fondo scontato, anelito alla dimostrazione di aver conquistato una reale indipendenza ricostruttiva nei concetti portanti del processo indirizzato all'accertamento del reato.

L'inconciliabilità col procedimento penale di "idee chiave" dell'universo processualciviltistico, quali quelle di "parte", di "lite", di "principio dispositivo" ⁽²⁾, viene affermata con l'assolutezza dei dogmi incon-

zione della materia si traducesse in istinto appropriativo nei confronti degli strumenti semantici e dogmatici della scienza sorella, ma tanto più avanzata: la procedura civile. Sull'argomento v. pure le considerazioni di C. CIVOLI, *Procedura penale*, Milano, s.d., p. 156; G. CONSO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 2ª ed., 1967, p. 1; A. DE MARSICO, *Dogmatica e politica nella scienza del diritto penale*, in *Annali Dir. e Proc. Pen.*, 1941, 473.

⁽²⁾ Sull'idea del processo penale quale fenomeno geneticamente incompatibile col concetto di "parte" e di "lite", emblematica la posizione di A. FOSCHINI, *L'onere della prova e il processo penale*, in *Studi per E. Eula*, Milano, 1957, p. 10: «...la nozione di "parte"... è intimamente legata a quella d'interesse ...nel processo penale, invece, l'elemento fondamentale, e cioè la personificazione dell'interesse, manca del tutto, in quanto gli interessi di libertà e di repressione, capaci in ipotesi di dar vita con la loro personificazione al concetto di "parte", lungi dal creare una soggettività processuale, sono comuni ad una delle parti (Pubblico Ministero) ed altresì al giudice». Analoga la posizione di A. MELCHIONDA, voce *Prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1988, p. 649; G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, p. 81; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 193; A.D. TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, Padova, 1931, p. 98. Difficile incontrare opinioni diverse, senza giungere a tempi recentissimi. In senso opposto v. però già G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, p. 245, nonché F. CARNELUTTI, *Lite e funzione processuale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, I, 23. Quanto all'inapplicabilità nel processo penale del c.d. "principio dispositivo", quale sistema di raccolta del materiale probatorio, essa discende, secondo la dottrina, dal fatto che il principio in esame costituirebbe la proiezione sul piano processuale del potere di disposizione accordato alle parti sul diritto sostantivo; laddove manchi tale potere di disposizione, risulta impossibile anche condizionare l'indagine conoscitiva del giudice al materiale probatorio che le parti scelgano di addurre al processo. Così C. MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1961, 351. Paradigmatica, in tal senso, l'affermazione di A.D. TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, cit., p. 86: «...se le c.d. parti del processo potessero condurlo a loro posta e, o intenzionalmente o colle loro omissioni ed i loro errori, offrire all'esame ed alla valutazione del giudice una situazione del fatto eventualmente difforme dal vero ed il giudice fosse tenuto ad accoglierla ... sarebbe riconosciuto al loro volere una autorità ed una efficienza che contrasterebbe colla normale irrilevanza di essa in ordine al promovimento dell'azione e ne renderebbero illusoria e frustranea l'obbligatorietà».

futabili, e perciò scarsamente motivata, se non sulla base di argomentazioni di cui si cela a malapena lo spesso substrato ideologico, sintetizzato nel riconoscimento di un carattere più nobile del processo penale, in quanto votato alla tutela della società dal crimine ⁽³⁾.

L'elevatezza dello scopo, in sostanza, giustifica l'inaccettabilità di formule ricostruttive contenenti tutte, in misura più o meno evidente, l'idea di limiti e "formalità" procedurali, laddove, invece, il processo penale aborrisce – o vorrebbe aborreire – tutto ciò che ponga confini al suo orizzonte gnoseologico, impegnato com'è nella ricerca della verità sull'avvenuto delitto, della cosiddetta verità reale.

Se la spinta independentista rivela, di solito, la sua matrice ideologica, altre volte risulta meno agevole discernere il motivo che spinge lo studioso di procedura penale a proclamare la nettezza della propria indagine ricostruttiva da fratellanze processualciviliste. Così accade con l'azione penale. Qui, in un campo in cui il debito concettuale sembra, ad un primo sguardo, così chiaro da non poter essere rinnegato, è facile incontrare chi afferma come il concetto di azione civile non possa «aspirare ad altra funzione che non sia quella di una valida piattaforma per la fissazione di talune premesse alla determinazione del concetto di azione penale; per il resto le due problematiche sono del tutto distinte» ⁽⁴⁾. L'opinione viene motivata in base ad un duplice presupposto assunto come realtà ontologica: da un lato, l'innegabile (o, per meglio dire, data per tale) compenetrazione tra azione civile e diritto sottostante, dall'altro, l'opposto carattere dell'azione penale quale richiesta di «una decisione purchessia». Insomma, l'assunto di una incomparabilità dei rispettivi territori d'indagine si basa, qui, sopra una

⁽³⁾ Sul peculiare carattere degli interessi tutelati in sede penale si moltiplicano le formule altisonanti, «croce e delizia» dei processualpenalisti: dal «carattere sociale degli scopi», alla «funzione altissima di interesse generale» sino all'interesse «eminentemente e direttamente pubblico», le formule mistiche evocano una Giustizia che sembra direttamente discendere da dimenticate sfere parnasiane, unica divinità recuperabile dai moderni, *Dyke* celebrata per metà, nella sola «faccia» penale. Per le formule citate v., rispettivamente, A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 4^a ed., integrata e aggiornata da G.D. Pisapia, 1966, p. 190; A. FOSCHINI, *L'onere della prova*, cit., p. 13; E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 2^a ed., 1932, p. 344.

⁽⁴⁾ Così G. LEONE, voce *Azione penale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 853.

scelta, dal valore apparentemente tecnico, tra un concetto piuttosto che un altro di azione (civile e penale).

Altrove, invece, si rivendica al concetto di "azione penale" un'originaria autonomia significativa di cui resterebbe traccia nell'indifferenza con cui i trattatisti di procedura penale del secolo scorso adoperavano i termini "azione" e "procedimento", come se fossero sinonimi; autonomia ben presto sacrificata «alle categorie cardine della scienza pandettistica» ⁽⁵⁾. In un tale contesto, ciò che viene presupposto e non dimostrato è proprio che a quell'uso promiscuo delle parole corrispondesse un'effettiva originalità di significato del concetto di azione penale, e non piuttosto una certa trascuratezza semantica nell'occasionale oratore di una materia scientificamente "povera", in quanto bistrattata dai cultori "fini" del diritto ⁽⁶⁾. Anzi, sorge forse anche il dubbio che, se la sinonimia dei termini "procedimento" e "azione" poteva risolversi in una svista, non altrettanto può dirsi a proposito della scelta del vocabolo "azione" quale *signum* della forza motrice del procedimento penale. In altre parole, considerata la povertà semantica del lessico pro-

⁽⁵⁾ Così P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, Napoli, 1966, p. 55.

⁽⁶⁾ È la «loquela farfallina» che si riconosce come perdurante vizio della parlata processualpenalistica. Così F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 96. Ma, al di là delle occasionali (o ricorrenti, secondo i punti di vista) "sviste espressive" del giurista moderno, si consideri lo scarso tecnicismo (per tacer d'altro) con cui, in tempi a noi non troppo lontani, taluno descriveva il suo concetto di azione penale: «Il reato è l'urto tra un fatto e l'idea di diritto, ossia tra un fatto contingente e una forza astratta, e quindi universale. Da questo urto che sorge per il movimento disordinato del fatto, scaturisce un'attività del diritto, che, forza essenzialmente, vuol prorompere esteriormente, diventare per un momento contingenza: la sua originaria costituzione di universalità la conserva, ond'essa è costante, assoluta e necessitata nella sua manifestazione, ma, provocata, scende fra gli uomini, e con la forza che le è intrinseca, ne chiede il rispetto e la riabilitazione. Dunque da quest'urto scaturisce un'attività giuridica, ossia si manifesta l'attività del diritto offeso: questo dai silenzi dell'infinito sorge a protestare per l'offesa infertagli» (così G. ALLEGRA *Azione e sentenza*, Torino, 1930, p. 17). Si paragoni, poi, questo esempio di "limpidità" espressiva con un coevo scritto, in tema di teoria dell'azione, opera di un processualcivilista: «Le norme giuridiche tendono ad attuarsi. La coazione è inerente all'idea del diritto, non nel senso che per aversi diritto si debba effettivamente poterlo attuare, ma nel senso che esso tende ad attuarsi con tutte le forze che sono di fatto a sua disposizione... L'azione è il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge.» (così G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 2^a ed., 1923, p. 38).

cessualpenalistico, sembra psicologicamente verosimile pensare non tanto ad un uso originale di un termine secolarmente noto in altra branca del diritto, quanto piuttosto ad un uso pedissequo rispetto alla sua tradizione.

Se così è – e non sembra esistano argomenti adatti a fondare adeguatamente l'opinione contraria – parlare dell'azione penale senza aver prima esaminato la problematica attinente all'azione in genere, significherebbe dare un colpo di spugna sulla storia del concetto.

2. L'azione

«Il problema dell'azione, così come quello del diritto soggettivo, si risolve... nella sua storia, o meglio nella storia delle sue molteplici e mutevoli concezioni, identificandosi interamente in essa, con tutte le sue inerenze, le sue connessioni, i suoi condizionamenti, i suoi voli e le sue cadute» ⁽⁷⁾.

Con queste parole si conclude uno dei ritratti meglio riusciti del concetto di azione nei suoi lineamenti evolutivi, sintetizzandone efficacemente il risultato: non esiste "l'Azione", quale formula ricostruttiva universalmente valida, ma ne esistono tante possibile forme quanti i sistemi processuali concretamente vigenti.

L'idea di una essenziale, irredimibile, relatività storica del concetto di "azione" si fa strada già nei primi decenni del secolo ⁽⁸⁾, ma coesiste sino ad oggi con ricostruzioni più assolutizzanti, ancora indirizzate, cioè, a fornire uno strumento dogmatico ontologicamente valido.

Prescindendo dalla disputa, lungamente condotta, circa l'inquadra-

⁽⁷⁾ Così R. ORESTANO, voce *Azione (in generale)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 853.

⁽⁸⁾ Cfr. fondamentalmente P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, 22. Secondo alcuni (in particolare, P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., 24) anche la famosa dottrina dell'azione di A. PEKELIS, voce *Azione* in *Nuovo Dig. It.*, II, Torino, 1938, p. 91 (poi in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1968, p. 30, con una appendice di aggiornamento curata da E.T. LIEBMANN) sarebbe espressione di quest'orientamento relativizzante. In realtà, il PEKELIS, lungi dallo sfuggire alla tentazione di proporre un proprio personale concetto di azione, ne costruisce uno che, ad oltre sessant'anni di distanza, appare decisamente valido, sostenuto pure, com'è, dall'autorità di un grande processualista quale S. SATTA.

mento dell'*actio* nell'una o nell'altra situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo, semplice facoltà giuridica, mera possibilità di fatto etc.) ⁽⁹⁾, inizialmente il problema dogmatico ruota attorno all'interrogativo se l'azione debba essere concepita come una tra le possibili forme in cui si manifesta il diritto sostanziale ⁽¹⁰⁾, ovvero come diritto soggettivo autonomo.

Questa polemica ⁽¹¹⁾ dall'apparente mero carattere dottrinale porta

⁽⁹⁾ Sulla quale v. l'esauriente panorama dottrinario presentato da A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Novissimo Dig. It.*, cit., p. 31.

⁽¹⁰⁾ È l'impostazione del SAVIGNY nel suo celebre *System des heutigen romischen Rechts*, Berlin, 1840 (trad. it., Torino, 1886), accolta anche in Italia (cfr. ad es. M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, vol. I, parte I, Torino, 1864, p. 121; FADDA e BENSÀ, *Note al diritto delle Pandette del Windscheid*, I, Torino, 1902, p. 681) sino alla reazione autonomista di G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903.

⁽¹¹⁾ Parliamo qui di una polemica, includendo tra le "posizioni litigiose" anche le teorie espresse sull'argomento dal Savigny nel suo *System des heutigen römischen Recht*, cit. In realtà, come limpidamente messo in evidenza da G. PUGLIESE, nella sua *Introduzione* al volume *Polemica intorno all'actio* di B. WINDSCHEID e T. MUTHER, Firenze, s.d., p. XIII, prima che lo scritto windscheidiano rompesse le acque pacifiche o, forse, stagnanti di una dottrina attestata senza scosse su quella posizione il cui massimo rappresentante viene indicato appunto nel Savigny, non esisteva una "polemica" dottrinale sull'azione: «Prima del Windscheid la dottrina si appagava praticamente della definizione di Celso (D. 44, 7, 51) *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*; e si limitava per li più a tentarne semplici parafrasi... La monografia del Windscheid mosse le acque stagnanti. Col contestare vivacemente sia il parallelismo tra l'*actio* romana e l'azione moderna (*Klagerecht*), sia il coordinarsi dell'*actio* ad un diritto soggettivo sostanziale, di cui assicurasse la tutela, essa aprì un dibattito, di cui molte furono le fasi, ma che nemmeno oggi non si può dire concluso». Sembra opportuno, a questo punto, accennare in sintesi estrema ai termini della famosa polemica tra Bernhard Windscheid e Theodor Muther che, attorno alla metà dell'ottocento, diede inizio ad un fermento dottrinario in materia di azione durato sino ai nostri giorni. L'oggetto del dibattito era, in realtà, solo indirettamente il concetto di "azione", dato che al centro dell'attenzione dei due studiosi stava il corretto inquadramento dell'*actio* romana, opera d'importanza notevole non solo sul piano storico, ma anche sotto il profilo pratico, visto e considerato che, sino alla metà del XIX secolo, nella maggioranza delle Corti tedesche si applicava ancora il diritto di Giustiniano. Il Windscheid rimproverava alla dottrina del suo tempo di sovrapporre al concetto di *actio* caratteristico della mentalità romana schemi ricostruttivi validi, a suo parere, nel mondo moderno, ma non in quello che si era immortalato nelle Pandette. «Per l'attuale coscienza giuridica» scrive l'autore in un passo particolarmente significativo dei suoi scritti «il diritto è il *prius*, l'azione il *posterius*, il diritto è ciò che produce, l'azione ciò che è prodotto. Il diritto attribuisce ad ogni individuo la sfera

con sé, sullo sfondo, la risalente disputa circa i rapporti tra Stato e persona o, in una visione più circoscritta, tra le prerogative spettanti all'individuo in quanto membro di una data comunità statale, e i meccanismi predisposti dall'autorità per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive individuali ⁽¹²⁾. L'ambiente in cui vede la luce il dibattito è propizio a speculazioni del genere.

di signoria nella quale la sua volontà è legge per gli altri individui; se l'individuo non è riconosciuto in questa sfera di signoria, egli può dolersi e fare reclamo presso lo Stato, custode del diritto, e lo Stato lo aiuta ad ottenere ciò che è suo. L'ordinamento giuridico è l'ordinamento dei diritti»; per la mentalità romana, viceversa, «... l'ordinamento giuridico non dice all'individuo: tu hai questo e questo diritto, ma: tu hai questa e questa *actio*... L'ordinamento giuridico non è l'ordinamento dei diritti, ma l'ordinamento delle pretese (*Ansprüche*) giudizialmente perseguibili. Esso dà diritti col concedere la tutela giudiziaria. L'*actio* non è nulla di derivato, essa è qualche cosa di originale e di autonomo» (così T. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, in *Polemica intorno all'actio*, cit., p. 8). Alla rivoluzionaria visione dell'*actio* proposta da Windscheid si oppose subito con particolare fervore il più giovane e meno famoso Muther, che, però, se da un lato criticava le teorie windscheidiane sotto tutta una serie di profili, per il resto finiva col proporre una concezione dell'*actio* altrettanto diversa da quella tradizionale, nella sua estrema modernità: il concetto dell'*actio* come diritto al rilascio della *formula* pretoria, ovvero, con linguaggio attuale, quale diritto alla tutela offerta dallo Stato al cittadino per mezzo della sua *iurisdictio* (cfr. T. MUTHER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestatio und der Singularsuccession in Obligationen*, in *Polemica intorno all'actio*, cit., p. 228). A prescindere dal preciso valore storico della polemica tra i due autori ottocenteschi – già di per sé inestimabile, quale tappa decisiva nel cammino evolutivo delle teorie sull'azione – occorre aggiungere che tanto le teorie del Windscheid, quanto quelle dell'avversario Muther si ritrovano, più o meno intercalate con elementi ulteriori e/o tra loro, in tutte le successive dottrine apparse sull'argomento. Insomma, entrambe le teorie, concepite con riferimento ad un fenomeno giuridico del passato remoto, hanno avuto lunga e inaspettata eco nel futuro. Si consideri come l'idea windscheidiana dell'*actio* quale posizione soggettiva indipendente dal diritto sostantivo abbia trovato sviluppo nella teoria dell'azione in senso astratto, mentre la teoria proposta dal Muther, dell'*actio* quale diritto alla tutela giurisdizionale, rieccheggia chiaramente l'idea, fatta propria in Italia dal Chioven-da, dell'azione quale diritto *verso lo Stato-giurisdizione*. Ma vi è di più: anche l'estrema ed originale teoria di S. Satta, che concepisce l'azione come l'unica vera realtà di un ordinamento giuridico in cui il diritto soggettivo è una mera sistematica teorica di comodo (su cui *amplius* al termine di questo paragrafo) rappresenta, in fondo, una consapevole traduzione in termini moderni delle teorie del Windscheid, allorché questi dice: «l'ordinamento giuridico non è l'ordinamento dei diritti, ma l'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili».

⁽¹²⁾ Così P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., 23.

L'Ottocento è, infatti, secolo di contrastanti umori filosofici, nella sua doppia anima di "figlio" di una stagione rivoluzionaria, e assieme "padre" della restaurazione. Esiste, così, un insospettabile filo conduttore tra la teoria giusnaturalista dei "diritti innati", preesistenti allo Stato ed autointonanti nella loro storica validità, e la difesa, operata dalla Scuola storica del diritto, capeggiata dal Savigny, del diritto scientifico e consuetudinario contro il diritto di creazione legislativa, insomma la difesa di tutto quanto proviene dall'individuo, contro quanto provenga dallo Stato ⁽¹³⁾.

Certo, nei suoi lineamenti fondamentali lo "storicismo" savigniano nasce come reazione proprio contro i "miti" della razionalità illuministica, che appiattisce l'essere umano su di un unico modello esistenziale universalmente valido, e quindi come esaltazione delle forze irrazionali agenti nella storia e nel mondo sociale, come rivalutazione della consuetudine quale fonte del diritto; ma, al di là di questi, pur notevoli, punti di attrito, le due correnti filosofiche e spirituali sono accomunate dal tentativo di imporre limiti sostanziali ad un'autorità statale in fase espansiva, nel caso dei giusnaturalisti, ed in fase di consolidamento, nel momento in cui agisce la Scuola storica. Con riferimento al tema specifico dell'azione, gli *iura connata* di rousseauiana memoria trovano inaspettata eco nel tentativo del Savigny di opporre alla preponderante presenza statale prussiana, una teoria dell'azione che costruisca questo fondamentale momento di ingerenza dello Stato nei rapporti privati come fattore meramente secondario, puro strumento di tutela del diritto soggettivo violato ⁽¹⁴⁾.

In altre parole: l'intervento del giudice, il momento processuale,

⁽¹³⁾ Sulla "Scuola storica del diritto", come manifestazione del Romanticismo in campo filosofico-giuridico e fase d'importante passaggio tra concezioni giusnaturalistiche e positivismo giuridico v. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, p. 43.

⁽¹⁴⁾ «L'integrità e l'autonomia dogmatica del diritto privato è..., per i processualisti che operavano in un simile ambiente, una imprescindibile, per quanto più o meno incosciente esigenza politica e sociale. Era politicamente e storicamente impossibile che dei giuristi appena usciti dalla potente influenza dello storicismo savigniano potessero, senza abdicare alla propria funzione di giuristi, ammettere, nell'epoca di ascesa di uno Stato quale quello prussiano, che il diritto privato, il diritto *loro* per antonomasia – lungi dall'essere sottratto all'arbitrio del legislatore, lungi dal costituire il fondamento del diritto pubblico e dello stesso Stato, lungi dal rappresentare il modello secondo il quale deve essere costruito e concepito il diritto pubblico interno

non costituiscono null'altro se non uno strumento asservito alle necessità esistenziali del diritto sostantivo, ovvero del diritto individuale.

All'idea dell'azione come situazione giuridica soggettiva inerente al diritto leso, reagisce, in Italia, una nota dottrina: «l'azione è un bene e un diritto a sé stante. Per lo più nasce dal fatto che colui che doveva conformarsi ad una norma che ci garantiva un bene della vita, ha trasgredito la norma; così che noi ne cerchiamo l'attuazione indipendentemente dalla sua volontà. Pure anche in questi casi l'azione è staccata dal diritto soggettivo... derivante da quella norma: i due diritti sono distinti, sebbene possano coordinarsi ad uno stesso interesse economico; essi hanno vita e condizioni diverse e contenuto profondamente diverso. L'avversario non può soddisfare la nostra azione appunto perché questa non tende ad una sua prestazione: egli può soddisfare solo la prestazione che abbiamo diritto di pretendere da lui e con ciò viene meno anche l'azione» (15).

Il mutamento di prospettiva è enorme: nella teoria chiovendiana, l'autonomia del diritto d'azione esprime una precisa percezione dell'importanza rivestita dall'ingerenza statuale. La possibilità di iniziare il processo, chiedendo l'intervento del giudice su una situazione giuridica controversa, cessa di essere una mera appendice del diritto soggettivo per diventare un diritto a sé stante, seppure vincolato al primo dagli ancora evidenti legami della strumentalità.

La connessione in discorso rivela, peraltro, il tentativo di lasciare in ombra, per quanto possibile, il ruolo dello Stato nel cosiddetto "rapporto processuale": nella visione chiovendiana, infatti, l'azione, benché autonoma, ha un contenuto "concreto", quale diritto spettante a chi ha ragione contro chi ha torto, quale diritto, insomma, ad una sentenza favorevole. Evidente è, in un edificio concettuale siffatto, l'aspirazione a costruire il provvedimento dell'organo pubblico come un *quid* che non crea nulla di nuovo, limitandosi a porre in chiaro i termini di una situazione giuridica pre-data. Identicamente, la costruzione dell'azione

ed esterno – era costruito, invece, sulla base del diritto pubblico, *dipendeva essenzialmente dalla volontà dello Stato e viveva solo in quanto aveva luogo l'attuazione della giustizia statale*» (corsivo nostro). Così A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Novissimo Dig. It.*, cit., p. 39, sviluppa mirabilmente il quadro degli influssi politico-sociali sulle teorie dell'azione nate nella Germania del secolo scorso.

(15) V. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 39.

come diritto non “verso lo Stato”, ma di fronte al privato avversario, il quale, a sua volta, «non è tenuto ad alcuna cosa dinanzi a questo potere...è semplicemente soggetto ad esso» ⁽¹⁶⁾, rivela il tentativo dell'autore di sdrammatizzare l'intervento della giurisdizione statale, riducendola ad una mera *condicio sine qua non* che la società civilizzata pone per l'esercizio di determinati poteri contro l'antagonista.

Molte delle energie intellettuali impegnate dalla dottrina nella disputa intorno al problema dell'azione sono state consumate nel tentativo di dimostrare il carattere “astratto” o “concreto” della medesima ⁽¹⁷⁾, finché non è divenuto chiaro che «chi concepisce l'azione come un bene o un diritto a sé stante, non può, senza contraddirsi, asservire l'azione al diritto sostantivo, nel senso di farne condizione di una sentenza vittoriosa» ⁽¹⁸⁾. Tra l'altro, l'esperienza quotidiana della vita insegnava come diritti e obblighi sfumassero nella situazione processuale sino a diventare semplici probabilità, prospettive o, addirittura, mere speranze di una vittoria rimessa all'abilità dei contendenti e alla sensibilità legale del giudice ⁽¹⁹⁾.

La comprensione di una realtà in cui è la *res iudicata* a rideterminare con efficacia creativa i termini della situazione giuridica tra i due contendenti, influenza in maniera decisiva le successive teorie dell'azione, indirizzandole verso una sempre crescente astrattezza contenutistica, accompagnata dall'idea, più o meno chiara, che sia lo Stato, con i suoi organi legislativi ed il suo apparato giudicante, a scandire i modi reali della vita del diritto ⁽²⁰⁾.

Così come filosofia e scienza scoprono ed esplorano la relatività tan-

⁽¹⁶⁾ Così G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 39.

⁽¹⁷⁾ Su cui v. ampiamente P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., 36.

⁽¹⁸⁾ V. G. GUARNERI, voce *Azione penale (diritto processuale penale)*, in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1968, p. 66.

⁽¹⁹⁾ La percezione del processo come mondo a sé stante in cui non è parola di diritti oppure obblighi, ma di semplici prospettive, *chances* e oneri correlativi è alla base della nota costruzione di J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, 1925. Sull'argomento, con particolare riferimento alle implicazioni sociologiche della teoria goldschmidtiana v. pure F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, p. 19 e ss.; nonché M. BOSCARELLI, *La tutela penale del processo*, I, Milano, 1951, p. 30 e ss.

⁽²⁰⁾ V., in tal senso, l'analisi magistralmente condotta da P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., p. 36.

to della percezione ⁽²¹⁾, quanto della capacità ricostruttiva dell'esperienza percepita, così la filosofia del diritto e, con essa, la coscienza del giurista scoprono, attraverso le concezioni del "positivismo giuridico" la relatività dei valori giuridici, esistenti come tali solo in quanto contenuti in una norma posta dall'autorità statale attraverso il procedimento previsto allo scopo. Con un simile substrato psicologico, la dottrina in materia di azione oscilla tra il tentativo di assolutizzarne l'astrattezza, rifiutando qualsiasi connessione con il diritto sostanziale, e quello di predicare l'effettiva relatività di qualsiasi teoria in merito, valida solo con riferimento all'ordinamento giuridico e al sistema socio-politico in cui essa veda la luce. Paradigmatica in tal senso è la posizione di chi afferma che «il problema dell'azione comporta un numero indefinito di soluzioni, tutte valide nella misura in cui si sia disposti ad accettare... lo schema ordinante che ciascuna di esse introduce fra i dati del concreto, visualizzandoli e verbalizzandoli in relazioni che rispondono, più che ad un "essere", ad un "dover essere"; ma pure ciascuna priva di significato non appena si ritenga di non poter accettare una sola delle premesse, connessioni e conseguenze che essa comporta» ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Le scoperte della fisica moderna vengono attualmente indicate come fattori causali di una vera e propria rivoluzione filosofica ed epistemologica. Dalla teoria della relatività di Albert Einstein alla teoria dei quanti di Max Planck, per giungere, in un crescendo vertiginoso, sino al principio di indeterminazione di Heisenberg ed ai recenti approfondimenti circa le implicazioni della teoria del Caos, la scienza sembra muoversi verso direzioni incalcolabili, accrescendo sempre più la percezione della assoluta parzialità dei punti di vista da cui si pone e delle scoperte effettuate. La scienza del XX secolo ci riconferma continuamente come il c.d. mondo conoscibile, sia in realtà tutt'altro che tale. La coscienza dell'uomo moderno e, con essa, del giurista – uomo pure lui – ha preso atto inevitabilmente del proprio muoversi in quest'universo di relatività ed indeterminatezza, come dimostra, con visibile spontaneità, la direzione imboccata dall'arte moderna, decisa nell'esprimere a modo suo l'idea di un reale inafferrabile nei suoi contorni. Sull'importanza delle scoperte scientifiche nel dibattito filosofico ed epistemologico contemporaneo v. F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, Bologna, 1985, p. 69. Sulla teoria del Caos e le sue implicazioni filosofiche si veda J. BRIGGS e F.D. PEAT, *Die Entdeckung des Chaos*, München, 1990. Fondamentale, infine, la lettura di A. HAUSER, *Sozialgeschichte der Kunst und Literatur*, München, ediz. 1983, per chi voglia afferrare la connessione intercorrente tra correnti filosofiche e politiche e la visione del mondo espressa dalle manifestazioni artistiche di un'epoca. Dell'opera esiste una traduzione italiana: *Storia sociale dell'arte*, Torino, Einaudi, ediz. 1987, di cui, per i profili che più interessano in questo contesto, si veda il vol. IV (*Arte moderna e contemporanea*).

⁽²²⁾ Così R. ORESTANO, voce *Azione in generale*, cit., p. 817. Nella stessa direzione

È importante notare come una posizione del genere, pur rappresentando un'irrinunciabile conquista nella storia del concetto di azione, e nonostante la sua corrispondenza con le più importanti correnti filosofiche contemporanee ⁽²³⁾, diventa limitante nel momento in cui si pone essa stessa, sia pur involontariamente, come realtà ontologica. In altre parole, la consapevolezza del fatto che ciascuna teoria sull'azione rappresenta il frutto di un dato contesto sociale e ordinamentale e non è, in quanto tale, universalizzabile, non deve trasformarsi da sintesi del passato in proiezione del futuro. È come se, nel campo delle scienze fisiche, un ricercatore affermasse: «l'unica certezza scientifica raggiungibile è che non vi sono certezze, né vi potranno essere per il futuro».

Un ragionamento del genere risulterebbe logicamente eccepibile sotto un duplice profilo: anzitutto esso ipotizza il futuro in base ai limiti gnoseologici del passato e del presente; in secondo luogo rappresenta una contraddizione in termini, affermando come certa una situazione di relativismo conoscitivo essa pure sottoposta al vincolo della generale incertezza prioritariamente riconosciuta.

L'idea che non vi siano teorie dell'azione universalmente valide rappresenta, insomma, al pari delle altre che l'hanno preceduta, il frutto di una visione determinata e solo relativamente valida, ossia nella misura in cui l'esperienza conoscitiva non dimostri l'esistenza di una concezione dell'azione suscettibile di venir assolutizzata. È esattamente questo il motivo per cui, allo stadio attuale, la dottrina in tema di azione tenta

si muove la critica portata da P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, cit., p. 39, al concetto tradizionale di azione penale, prigioniero, secondo l'autore, di categorie dogmatiche valide, magari, nel contesto ordinamentale in cui nacquero, ma, appunto, dotate di un valore relativo e mai assolutizzabile; «il ripudio di premesse "a priori" dell'ordinamento processuale» argomenta l'autore «... respinge la nostra indagine nei confini dell'ordinamento stesso, e cioè entro i limiti logici della legge. Questo ritorno... s'inserisce agevolmente, a nostro modesto avviso, entro la concezione odierna del pluralismo logico delle scienze». Cfr., pure, per l'orientamento ora citato, P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., 26.

⁽²³⁾ È sufficiente considerare l'importanza rivestita dal dibattito svoltosi, sul finire degli anni Sessanta, tra "neo-positivisti" come K. Popper e H. Albert, e "dialettici", in particolare J. Habermas e T. Adorno, dibattito che vedeva le due correnti convergere sul riconoscimento della assoluta relatività dei processi conoscitivi, in quanto immersi in un dato contesto politico-sociale che ne influenza ideologicamente non solo i risultati, ma gli stessi presupposti di partenza. V. in merito, F. CRESPI, *Le vie della sociologia*, cit., p. 75.

di bilanciarsi tra due poli opposti: l'uno indirizzato a dimostrare l'irriducibile relatività del problema prescelto come campo d'indagine, e l'altro costellato da ricorrenti tentativi di proporre nuovi modelli di azione passibili di trasformarsi in "dogma".

Nell'ultima categoria s'inquadra anche una costruzione teorica peculiare per originalità e forza impositiva, benché non completamente nuova nel panorama dottrinario italiano. L'idea dell'*actio* come unica vera realtà nella vita di un ordinamento giuridico, di un'azione, dunque, che «è autonoma sì, ma nel senso che non ha nessun diritto dietro di sé» è tanto geniale quanto semplificatrice: «in *rerum natura* non esistono diritti soggettivi, esistono interessi, che sorgono da determinati fatti, e che, in quanto la legge li riconosca e li garantisca, noi chiamiamo diritti... La verità è che l'azione non può essere intesa se non in una integrale visione dell'ordinamento giuridico, della quale costituisce il momento centrale ed essenziale, perché è solo per essa che si può parlare di giuridicità dell'ordinamento» (24).

A ben vedere la costruzione in discorso rappresenta non solo un punto di estremo sviluppo di quella percezione della statualità del diritto e delle sue manifestazioni che informa, con sempre maggiore incisività, tutte le teorie dell'azione da Chiovenda in poi, ma anche una intensa traduzione in termini processualistici della teoria coattiva del diritto perfezionata da Kelsen, propaggine estrema del positivismo giuridico (25).

Nella visione kelseniana l'ordinamento giuridico è concepito come

(24) Così, incisivamente, S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 11^a ed., 1992, p. 143. Dicevamo che la concezione dell'azione come unica vera realtà attorno alla quale si accentra la vita del diritto non rappresenta una assoluta novità; ed infatti A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Novissimo Dig. It.*, cit., p. 34, esprime altrettanto icasticamente l'idea che senza tutela giurisdizionale, ossia, senza diritto d'azione, non esiste neppure diritto sostanziale: «si potrebbe dire, servendoci di un'immagine, che nel mondo giuridico il cosiddetto rapporto giuridico sostanziale, intercorrente direttamente, per es., tra creditore e debitore, altro non è che l'ombra gettata dai due rapporti che il creditore e il debitore hanno con lo Stato e consistenti, il primo, nel diritto d'azione dell'uno, nel diritto, cioè, all'azione dello Stato, ed il secondo, nello stato di soggezione effettiva nella quale si trova, rispetto all'azione stessa, l'altro, il debitore».

(25) Sulla concezione coercitiva del diritto, origini storiche e sua attuale posizione v. N. BOBBIO, *Il positivismo giurico*, cit., p. 171.

un sistema di norme predisposte allo scopo di regolamentare l'uso della coazione, il diritto sorge, in altri termini, quando, dall'uso indiscriminato della forza, si passa ad un sistema di regole che stabiliscono come, quando e da chi possa essere utilizzato un dato *quantum* di forza. Nella teoria dell'azione appena citata il diritto processuale, il processo, l'intervento giudiziale provocato dal cittadino, sono l'unica tangibile realtà nella vita del diritto, di cui non sarebbe possibile neppure predicare l'astratta esistenza qualora non esistesse un sistema predisposto ad assicurarne coattivamente l'attuazione.

Le due teorie, insomma, confluiscono nella visuale comune del diritto come realtà ineludibilmente statuale, inconcepibile al di fuori di un'organizzazione capace di assicurare un ordinato uso degli strumenti coattivi e dunque della forza.

Qui si attesta, pure, allo stadio attuale, il cammino evolutivo della dottrina in tema di azione.

3. *L'azione penale. Cenni storici e lineamenti evolutivi*

Nell'esaminare la strada percorsa da processualciviliisti e teorici del diritto nello sforzo di chiarire "cosa sia" l'azione, si è chiarito come, tra le pieghe del dibattito tecnico e filosofico si annidasse – e si annidi tutt'ora – il fantasma di un atteggiamento dilemmatico più profondo, coinvolgente il rapporto tra Stato e persona.

Una percezione del genere permette e, anzi, costringe a leggere la storia dell'azione in chiave di relazionalità più o meno rivelata, più o meno accettata, tra modi statuali di tutela delle situazioni giuridiche soggettive e configurazione del diritto d'azione, quale strumento d'accesso a quella tutela.

Il culmine dell'evoluzione dogmatica è rappresentato – si è visto – da quelle teorie che esauriscono nell'azione e nel conseguente processo, ossia nella presenza statuale, l'intero universo del diritto come realtà tangibile.

«Eppure già al mugnaio di Sansouci sarebbe probabilmente sembrata evidente la constatazione che un diritto di proprietà o di credito si ha, in realtà, solo in tanto in quanto vi siano "dei giudici a Berlino" ai quali si può ricorrere, in quanto si abbia, cioè, un diritto d'azio-

ne»⁽²⁶⁾. Così, con sciolta ironia, nel 1938 Alessandro Pekelis sanzionava il ritardo intellettuale con cui la scienza processualistica s'accingeva a comprendere che tutto il diritto in tanto è, in quanto esista un'autorità posta dalla società civile a risolvere coattivamente situazioni giuridicamente controverse.

La stessa ironia potrebbe oggi venir efficacemente usata a compendiare la mancanza di slancio, il pudore, quasi, con cui la dottrina processualpenalista affronta – o, per meglio dire, rifiuta di affrontare – l'argomento "azione penale", nel timore inconfessato, ma non per questo meno evidente, che si tratti di tema fuggevole e arcano, non della concreta realtà di cui era consapevole persino il famoso mugnaio di Sansouci!

Certamente, in buona parte, il piglio quasi-misticheggiante con cui la dottrina ha affrontato il problema dell'azione penale, è dovuto alla scarsa attitudine originaria della materia alla ricostruzione dogmatica, nonché, indubbiamente, al trauma sintattico che formule esportate dalla procedura civile hanno subito una volta introdotte in territorio straniero. Resta il fatto che quel lungo – secolare! – dibattito della dottrina in tema di azione civile, si è trasformato, penetrando nel processo penale, in una dispendiosa polemica dai tratti imprecisi, fonte per tutti di una tale sensazione di disagio da indurre i più ad abbandonare il campo.

La dottrina ha sostanzialmente cessato di occuparsi attivamente dell'azione penale da oltre un ventennio: le tracce dell'isterilirsi del dibattito sono peraltro chiare già in opere precedenti⁽²⁷⁾. Qualcuno allu-

⁽²⁶⁾ V. A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Novissimo Dig. It.*, cit., p. 38. Per un'intuizione in tal senso v. già G. BORSANI e L. CASORATI, *Codice di procedura penale italiano*, I, Milano, 1873, p. 4.

⁽²⁷⁾ In generale sull'azione penale v. A. ADEMOLLO, *Il giudizio criminale in Toscana secondo la riforma leopoldina*, Firenze, 1840, p. 78; B. ALIMENA, *Principii di procedura penale*, I, Napoli, 1914, p. 289; G. ALLEGRA *Azione e sentenza*, cit., *passim*; V. ASCHETTINO, *Del concorso della parte lesa nello svolgimento dell'azione penale*, in *Riv. Pen.*, vol. VI, 1877, 5; F. BENEVOLO, voce *Azione penale*, in *Dig. it.*, vol. IV, parte II, Torino, 1926, p. 907; G. BORSANI e L. CASORATI, *Codice di procedura penale*, cit., I, p. 4; L. BORSARI, *Dell'azione penale*, Torino, 1866; F. CARRARA, *Azione penale*, in *Riv. Pen.*, vol. III, 1875, 5; P.A. CERRETELLI, *Della giurisprudenza criminale toscana*, I, Firenze, 1840, p. 262; M. CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'«azione» nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1975, 890; G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 340; P.

de ⁽²⁸⁾ al fatto che l'argomento è poco consono al processo penale e relative problematiche, in particolare ove trattato nei modi e sulla scia della dottrina sviluppatasi in tema di azione civile. In realtà, a prescindere da qualsiasi presa di posizione in merito al problema se sia metodologicamente consigliabile, o anche solo possibile, l'applicazione di principi e tecniche ricostruttive tipiche dell'universo processualcivile in quello processuale penale, resta vero che, come già posto in evidenza, la dottrina ha *di fatto*, in passato, "pescato" a piene mani nel patrimonio dogmatico del processo civile, particolarmente in tema di azione, ragion per cui ogni analisi che si rifiuti di essere antistorica non

DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, cit., *passim*; A. DE MARSICO, *Dommatica e politica*, cit., 474; U. DINACCI, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*, Napoli, 1984, p. 100; O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. It., Discipline penalistiche*, I, Torino, 1987, p. 398; E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, cit., p. 203; G. GUARNERI, voce *Azione penale*, cit., p. 64; G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., p. 853; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 3^a ed., 1908, p. 85; A. MALINVERNI, *Il mancato esercizio dell'azione penale e le nullità conseguenti*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1986, 347; E. MASSARI, *Le dottrine generali del processo penale*, cit., p. 5; L. MASUCCI, *L'azione penale*, in *Enc. Dir. Pen. It.*, a cura di E. Pesina, III, Milano, 1906, p. 105; N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, parte 1, vol. III, Napoli, 1828, p. 742; F. PUGLIA, *Istituzioni di procedura penale*, Napoli, 1884, p. 41; S. RANIERI, *Azione penale. Contributo alla teoria dell'azione nel diritto processuale penale*, Milano, 1928; G. RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. Pen.*, 1992, 373; Gius. SABATINI, *Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale*, *ivi*, 1962, I, 145; ID., voce *Azione penale (impromovibilità della)*, in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1968, p. 72; ID., *Principi costituzionali del processo penale*, Napoli, 1976, p. 17; F. SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, I, Torino, 3^a ed., 1882, p. 43; A. STOPPATO, *L'azione penale nei suoi caratteri fondamentali*, in *Riv. Pen.*, 1893, vol. XXXVII, 513; C. TAORMINA, *L'essenzialità del procedimento penale*, Napoli, 1974, p. 381; ID., «*Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale*» *alle soglie del nuovo codice di procedura*, in *Giust. Pen.*, III, 129; G. UBERTIS, voce *Azione penale*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 1; G. VACCA, *Il moderno indirizzo della posizione in accusa*, in *Riv. Pen.*, vol. XIX, 1884, 305.

⁽²⁸⁾ È questa, in sostanza, la conclusione di P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 200, che chiude la propria opera sottolineando come, in realtà, mancando nel processo penale una contrapposizione d'interessi tra soggetti in lite, in quanto il pubblico ministero è un organo di giustizia per di più obbligato all'azione penale, non tanto di azione dovrebbe parlarsi, quanto di "inquisizione obbligatoria", termine più rispondente all'assetto attuale del processo indirizzato alla tutela della società dal crimine. Per il concetto di "inquisizione obbligatoria" essenziale la lettura della pagine di Gius. SABATINI, *Vecchio e nuovo*, cit., 145.

può accantonare il patrimonio concettuale di base trasmesso dall'un settore del processo all'altro ⁽²⁹⁾.

Di fatto la dottrina ha preso le mosse da un concetto di "azione penale" che rappresenta l'esatto *pendant* della primigenia idea civilistica dell'azione quale parte integrante del diritto sostantivo, per poi seguire in modo pressoché pedissequo la sua evoluzione autonomista, sintetizzata nella teoria chiovendiana dell'azione come situazione soggettiva a se stante ⁽³⁰⁾.

L'idea di un diritto penale avente come necessario contenuto quella facoltà della propria autodifesa che s'incarna nel diritto d'azione, è assiomatica per i cultori ottocenteschi dell'omonimo processo ⁽³¹⁾, ma occhieggia ancora, benché con minore affermatività, dalle pagine di autori dei primi anni del novecento ⁽³²⁾, per poi svanire del tutto, an-

⁽²⁹⁾ Estremamente franca, in tal senso, l'analisi di G. GUARNERI, voce *Azione penale*, cit., p. 64.

⁽³⁰⁾ Un po' diversa l'interpretazione offerta in proposito da P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., 42. Secondo l'illustre autore, infatti, la relazionalità tra azione civile e penale sarebbe esattamente inversa rispetto a quella qui proposta, almeno per quanto riguarda il periodo in cui la dottrina si è evoluta verso una sempre più accentuata astrattezza del concetto d'azione, sostenendo che «partita dalla tradizionale concezione privatistica, l'azione civile va dunque a sboccare, alla fine del suo ciclo, a quella stessa foce cui è giunta da tempo l'azione penale: la quale sembra che abbia ormai raggiunto quell'estremo grado di pubblicità e astrattezza, oltre il quale non sarebbe pensabile altro passo all'infuori di quello che consistesse... nella sua abolizione». In realtà l'autore, non si avvede di contemplare, nella dogmatica dell'azione civile, un processo di progressiva astrazione che è in atto – in maniera più o meno occulta – da lungo tempo, sin da quando, cioè, T. WINDSCHEID, (*Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, in *Polemica intorno all'Actio*, cit., p. 8) vedeva l'ordinamento giuridico quale ordinamento non dei diritti, ma delle pretese giudizialmente perseguibili.

⁽³¹⁾ Nelle pagine di L. BORSARI, *Dell'azione penale*, cit., p. 146, l'azione penale è «...la vita del diritto...la consacrazione del diritto...l'azione è il complemento stesso della legge, la sua perfezione. L'azione vivica la legge: è quasi la sua atmosfera, la sua aria respirabile»; identicamente, F. CARRARA, *Azione penale*, cit., 5, chiarisce come «...il diritto e la libertà non sarebbero altro che nomi vani ed inutili se non avessero come necessario contenuto la facoltà della propria difesa. Il diritto pertanto non può separarsi dalla facoltà della propria protezione, sia che questa si consideri nel rapporto tra individuo e individuo, come ottenuta mercé violenza privata, che legittimamente respinge la violenza ingiusta aggressiva del diritto; sia che si consideri nel rapporto tra lo individuo e lo Stato, la protezione del quale s'invoca a nome del diritto aggredito».

⁽³²⁾ V., infatti, in tal senso, B. ALIMENA, *Principii*, cit., p. 289; G. ALLEGRA, *Azione*

nullata dalla volontà di affermare l'azione penale come potere completamente autonomo dall'universo normativo sostanziale ⁽³³⁾.

È significativo che la completa recezione dell'idea chiovendiana avviene nel momento in cui il processo penale si cristallizza nella costruzione operata dal codice Rocco, nel quale una non velata inquisitorialità delle norme si giustifica mediante la mistica del processo penale quale strumento di accertamento della "verità" ⁽³⁴⁾. In un contesto del genere, infatti, giunge gradita l'idea di un'azione *autonoma* dalla norma violata, *astratta* poiché indipendente dall'effettiva fondatezza della domanda, ed infine *neutra* nel contenuto, poiché sostanziandosi non in una richiesta di condanna, ma di mera giurisdizione; in una richiesta di "giustizia" e "verità", per dirla con altre parole.

Ancora più significativo è, poi, che la recezione e l'estremizzazione dell'autonomismo chiovendiano forniscono, paradossalmente, il destro per forgiare dogmaticamente il rifiuto di qualsiasi parentela di principi e metodi tra processo civile e penale.

È qui, infatti, in questo "crescendo" d'astrattezza, che la dottrina sull'azione penale rivendica per la prima volta il proprio distacco dogmatico dalla scienza processualcivile: nei testi coevi ed immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice Rocco l'affermazione che processo civile e penale siano realtà reciprocamente inattuabili diventa *leit-motiv* ossessivo, ripetuto con la frequenza indispensabile a trasformarlo in realtà ontologica ⁽³⁵⁾.

Così – si afferma – l'azione penale non è traduzione della norma in

e sentenza, cit., p. 19; F. BENEVOLO, voce *Azione penale*, cit., p. 912; L. LUCCHINI, *Elementi*, cit., p. 86; L. MASUCCI, *L'azione penale*, cit., p. 106.

⁽³³⁾ Si confrontino le definizioni dell'azione penale operate dagli autori citati nelle due note che precedono con le parole di E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, cit., p. 180, secondo il quale l'azione è «...il potere giuridico di eccitare e promuovere la decisione dell'organo giurisdizionale su di un determinato rapporto di diritto penale». Il fulcro del concetto si è spostato dalla relazione di strumentalità difensiva con la norma sostanziale a quella, di carattere pubblicistico, soggetto agente-organo giudicante.

⁽³⁴⁾ Sul concetto di verità materiale, come scopo del momento conoscitivo in cui si risolve il processo indirizzato all'accertamento del reato v. U. FERRARI, *La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale italiano*, Milano, 1927, p. 20 e *passim*.

⁽³⁵⁾ Cfr. per tutti A.D. TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, cit., p. 98.

istanza punitiva, bensì mera richiesta di giurisdizione; non si dirige contro un "avversario", perché nel processo volto all'accertamento della verità non esistono "parti"; il pubblico ministero, a sua volta, non agisce per la condanna, ma solo in vista di un neutro, imparziale accertamento finale ⁽³⁶⁾. Nell'abolizione della dialettica antagonistica sta il senso della svolta ideologica in esame ⁽³⁷⁾, un senso che la accomuna ad altre operazioni consimili operate dal regime fascista ⁽³⁸⁾, esemplare tra tutte l'inglobamento dei sindacati nella visione totalizzante delle Corporazioni, strutture la cui qualifica di "organi dello Stato" valeva a cancellarne ogni istanza contrappositiva.

«Il concetto di azione civile ruota sempre attorno al diritto fatto valere, sia quando si accetti la compenetrazione dei due momenti, sia quando si rivendichi il massimo di autonomia del momento processuale, mentre il concetto di azione penale nel sistema penale vigente non solo può, ma deve essere del tutto scarnificato di qualsiasi riferimento al diritto sostanziale...l'azione penale prescinde da una domanda a contenuto di merito e si esaurisce in una richiesta di decisione. L'azione civile è sempre richiesta di una *determinata* decisione; l'azione pe-

⁽³⁶⁾ «Infine dobbiamo rilevare che nel trattare dell'azione penale dobbiamo guardarci dal preconconcetto di seguire lo schema logico dell'azione, quale si svolge nel processo civile... anzitutto, scopo dell'azione penale non è quello di pervenire ad una condanna, bensì di accertare il vero intorno ad un reato che si dice commesso e che s'incolpa ad una determinata persona... di più, l'azione penale non va contro un avversario; mentre l'imputato non sempre può restare passivo, bensì ha obblighi di sottoporsi ad atti coercitivi». Così E. FLORIAN, *Principi*, cit., p. 181, rivendica l'autonomia dogmatica del processo penale rispetto all'universo concettuale del civile.

⁽³⁷⁾ «Immaginiamo che l'accusa sia affidata ad un organo permanente, che non parli più in nome dell'individuo offeso o di classi dominanti danneggiate nei loro privati interessi, e che stia fuori pure dall'ambiente agitato delle passioni sociali (come non è sicuro che starebbe se fosse affidata ad ogni cittadino), e invece si presenti semplicemente come il difensore dell'ordine giuridico: pensiamo, in una parola, al moderno Pubblico Ministero, com'è razionalmente concepito, e come sempre meglio deve esplicarsi e rafforzarsi secondo la sua ideale figura: allora l'accusatore non è più l'antagonista dell'offensore, ma *il rappresentante di una totalità*, che nel suo culmine comprende le vittime senza escludere i rei, chi fu aggredito senza escludere l'aggressore: una totalità che poi, infine, altro non è se non la verità e la giustizia». Così E. CARNEVALE, *Il carattere del pubblico ministero e l'art. 74 del Cod. di Proc. Penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1933, I, 5. Parole emblematiche, che rendono superfluo ogni commento.

⁽³⁸⁾ V. i numerosi esempi forniti da P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., 38.

nale è soltanto richiesta di *una* decisione» ⁽³⁹⁾: così esprime la dottrina successiva alla fine del periodo fascista un concetto d'azione invariato nei suoi elementi fondamentali, tanto quanto il substrato normativo che di quelle teorie costituiva la giustificazione profonda.

Ciò che fundamentalmente si rifiuta è l'idea che l'azione possa venire identificata con una richiesta di condanna. Tanto le teorie dell'azione-attività, che vedono il promovimento dell'azione collegato in maniera più o meno immediata con l'arrivo della *notitia criminis* ⁽⁴⁰⁾, come le teorie dell'azione-richiesta, che identificano l'avvenuto esercizio dell'azione penale con una qualsiasi manifestazione della volontà di domandare al giudice l'emissione di un provvedimento, sono accomunate dall'intento di negare all'azione il carattere di richiesta di condanna, ovvero, indirettamente, di negare che il pubblico ministero sia qualcosa di diverso da un "organo di giustizia", alquanto imparziale. Ciò che si vuole evitare, in ultima analisi, è uno slittamento, una revisione in senso antagonistico, dialettico e "accusatorio" del processo penale.

Non è per caso, in effetti, che quelle teorie che attribuiscono all'atto di promovimento dell'azione penale un contenuto senza mezzi termini "persecutorio", ossia di richiesta di condanna, provengono da esponenti della dottrina, in genere più propensi di altri ad ammettere la necessità di una revisione in senso accusatorio del sistema processualpenalistico ⁽⁴¹⁾.

Con questo, ovviamente, non si vuol prendere posizione a favore di

⁽³⁹⁾ Così G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., p. 553.

⁽⁴⁰⁾ Esemplari, in tal senso, le posizioni di P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 110; Gius. SABATINI, *Vecchio e nuovo*, cit., 145; e C. TAORMINA, *L'essenzialità del procedimento penale*, cit., p. 383 e ss. Chiarissima, in particolare, l'idea del De Lalla che sottolinea come «limitando l'inizio e anche l'esercizio dell'azione penale solo agli atti d'imputazione, e cioè, restringendo il concetto di azione e vincolando perciò il suo carattere principale, l'obbligatorietà, soltanto ad un certo tipo di atti, si lascia privi di un nesso, di un collegamento legislativo efficiente tutti quegli atti del p.m. che seguono alla sua conoscenza della *notitia criminis* e precedono il primo atto imputativo o anche la richiesta. Tutto ciò significa giustificare l'esistenza di un territorio processuale sottoposto in pratica alla sovranità discrezionale del p.m., un territorio in cui egli si muove padrone indiscusso non tanto del "come" della sua attività..., ma dell'*an* e del *quando* di essa. Si fa riferimento, naturalmente, a quella serie di comportamenti processuali chiamati in genere "accertamenti preliminari" o anche "istruzione preliminare" del p.m.» (*loc. cit.*).

⁽⁴¹⁾ V., per tutti, O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 400.

un certo concetto dell'azione penale, escludendo tutti gli altri: si vuole, piuttosto mettere in evidenza come proprio il tentativo di realizzare un obbiettivo del genere ha condotto ad isolare dogmaticamente il processo penale dal civile e, soprattutto, a chiudere la dottrina in un paralizzante circolo ermeneutico, nel cui solco si elaborava un certo concetto d'azione – con e senza ausilio normativo – allo scopo di fondare una certa visione del processo, e si propugnava quella medesima visione al fine di ricavarne un determinato concetto di azione. In sostanza: se l'azione penale non ha legami con la cosiddetta pretesa punitiva⁽⁴²⁾, se, cioè, è astratta, allora il pubblico ministero non ha un ruolo di parte e non mira alla condanna, bensì all'accertamento della verità; contemporaneamente, se il processo ha come supremo scopo la scoperta della cosiddetta verità materiale, e il pubblico ministero collabora colle altre parti del processo in vista di tale fine, allora all'*actio* non potrebbe coerentemente venir attribuito un contenuto persecutorio.

Con tali premesse, diventa chiaro come la natura spesso futile, ed il più delle volte sterile, del dibattito dottrinario sull'azione penale, non deriva tanto dal fatto che per oltre un secolo giuristi teorici e pratici si siano affannati attorno ad un tentativo definitorio disattento nei confronti del substrato normativo, in quanto chiuso nell'universo eburneo della dogmatica astratta, quanto piuttosto dal fatto che ogni tentativo definitorio risultava prigioniero di una certa impostazione ideologica del processo penale, un'"inquisitorietà del sentire" tanto radicata da essere presa per realtà ontologica.

Insomma, non può essere seguita quella dottrina che attribuisce al peso teorico di concetti ricostruttivi provenienti dal processo civile – quale, anzitutto, la dogmatica dell'azione come situazione soggettiva inquadrabile nello schema dei diritti o dei poteri – la responsabilità di aver paralizzato l'evoluzione del concetto di azione penale⁽⁴³⁾; in realtà, è

(42) Sull'argomento v. ampiamente G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942.

(43) La pregevole opera ricostruttiva di P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., è totalmente incentrata sull'idea che la dottrina del processo penale sia stata incapace di elaborare una propria teoria dell'azione, libera dagli influssi dogmatici della scienza processualcivile, e abbia, quindi, trascurato il fondamento legislativo di quel concetto, per girare oziosamente attorno a dogmi che avevano fatto il loro tempo e che, soprattutto, mancavano dell'*humus* ad essi indispensabile, ossia il campo semantico del processo civile.

esattamente vero il contrario, e cioè che la volontà di non contaminare l'universo processualpenalistico con quegli strumenti concettuali, ha provocato il richiudersi su se stessa dell'interpretazione, tutta intenta a proteggere la purezza ideologica del proprio *spatium agendi*.

Come la dottrina più consapevole ha già da tempo chiarito, l'azione, nel suo nucleo primario, non è altro che un *agere* in provocazione dell'intervento giurisdizionale che si sostituisce – nella comunità umana organizzata – all'*agere* diretto dell'autogiustizia⁽⁴⁴⁾. Nell'azione, come diritto o potere di chiedere allo Stato incarnato nel giudice che si pronunzi su una determinata situazione controversa, trova inizio e si esaurisce la vita concreta del diritto⁽⁴⁵⁾.

Tutto il resto, ogni ulteriore carattere che si voglia e si possa aggiungere ad affinamento del concetto d'azione è – indiscutibilmente – opera esclusiva del legislatore⁽⁴⁶⁾, che potrà configurare come obbligatorio o discrezionale l'esercizio del potere in discorso, potrà farne materia di un *munus publicum* oppure abbandonarlo alla volontà del privato, potrà dargli un contenuto generico – richiesta di giurisdizione, appunto – oppure uno eminentemente persecutorio e specifico. Sta, poi, all'impegno dell'interprete trarre dalla norma ciò che essa, in tal senso,

⁽⁴⁴⁾ Così, magistralmente, A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Novissimo Dig. It.*, cit., p. 33, che continua chiarendo come «Ogni termine giuridico è stato, in un momento originario, usato in un significato coincidente con quello comune della parola adoperata. L'*actio* non può non aver significato in un periodo primitivo, anche nel campo giuridico, che quel che significava e significa tuttora nel linguaggio comune. E prima di rappresentare, come rappresenta oggi, la mera possibilità di *fare agire* (lo Stato), ha rappresentato la possibilità di muoversi, di inseguire, di asportare, di catturare, di uccidere, di *agire*. La *manus iniectio*, l'*actione teneri* sono le espressioni di quel carattere originario dell'*actio* arcaica che i romanisti hanno messo oggi del tutto in chiaro».

⁽⁴⁵⁾ Per una visione contemporanea della teoria in discorso v. S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 146.

⁽⁴⁶⁾ Ci si riferisce qui al monito, indirizzato al giurista, di non distaccarsi mai dal proprio campo normativo d'indagine per lasciarsi attrarre dal fascino geometrico della dogmatica astratta; è in questo monito che risiede il momento più valido dell'opera del De Lalla, visto e considerato che la tentazione di ontologizzare concetti costruiti su una base legislativa determinata non cessa mai di fuorviare l'opera interpretativa. A. FEUERBACH, *L'essenza della religione*, Roma, ediz. 1994, *passim*, l'avrebbe inserita nella stessa categoria di fenomeni cui appartiene quell'anelito d'assoluto che spinge l'essere umano a costruirsi divinità e religioni organizzate.

può dare, ma sarebbe assurdo pretendere che, in astratto, il processo penale, in quanto ontologicamente diverso dal civile, necessiti di un concetto d'azione coerente con quella peculiarità e sempre, ineluttabilmente incomparabile con altri ⁽⁴⁷⁾.

Volendo cercare verifiche nel passato ⁽⁴⁸⁾, gli storici del diritto insegnano come il sistema processuale – se di sistema si può parlare – sopravvissuto all'eclissi della potente organizzazione burocratica romana, è uno fondato, quasi integralmente, su schemi di richiesta e intervento della giurisdizione che oggi definiremmo caratteristici della lite civile ⁽⁴⁹⁾.

L'azione, in sostanza, è affidata alla buona volontà del privato – a seconda dei casi, *quivis de populo* oppure persona offesa – e, come tale, schiettamente inquadrabile nello schema del diritto soggettivo.

La situazione, appena qualche secolo dopo, già non è più la stessa: criminalità incombente e ambizioni di stabilità, caratteristiche di micro- e macro- Stati nascenti, influenzano l'andamento delle cose penali: dalle pagine dei teorici del diritto e dagli Statuti comunali appare evidente non solo una strisciante moltiplicazione dei *crimina publica*, punibili senza istanza dell'offeso ⁽⁵⁰⁾, ma anche l'incombere in capo a

⁽⁴⁷⁾ Cfr. però, per la conclusione opposta, P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., 43.

⁽⁴⁸⁾ Nella misura in cui ciò sia possibile. G. BARONTI, *I segni del potere; fenomenologia dell'archivio giudiziario*, in *Quest. Crim.*, 1980, 47, ammonisce circa i pericoli insiti in un'ottica di questo tipo: «Un'altro stimolo alla ricerca d'archivio è rappresentato dal tentativo di scandagliare e di saggiare il materiale contenuto per spremere un concentrato, per estrapolarne un senso all'interno di un'ottica rivolta all'oggi; la ricerca di un passato che rischiarare con le oscurità del passato quelle del presente. Una forzatura di questo tipo fornisce solamente un'allucinazione di senso; presuppone una linearità della storia ed una omogeneità dei fenomeni che la pura e semplice identica denotazione mantenutasi costante non vale certo a stabilire».

⁽⁴⁹⁾ In merito al sovrapporsi altomedievale tra moduli caratteristici del processo civile e moduli del processo penale v. E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, Milano, 1989, p. 5; P. FIORELLI, voce *Accusa e sistema accusatorio (dir. rom. e interm.)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 330; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. VI, parte II, Bologna, 2ª ed., 1900, p. 5; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, diretta da Del Giudice, vol. III, parte I, Milano, 1969 (rist. 1925), p. 217.

⁽⁵⁰⁾ In proposito, G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, cit., vol. III, parte I, p. 229, riferisce come già il diritto germanico conoscesse «una categoria di azioni che potevano e dovevano essere promosse ed esercitate dalla pubblica autorità: poche all'inizio, ma sempre maggiori nell'epoca longobarda e franca. Infatti, l'Editto di Rotari considera una serie di casi, di reati interessanti l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, in cui si procedeva d'ufficio». È appunto questa categoria di reati, consi-

certe persone, temporaneamente o stabilmente investite di mansioni pubbliche, l'obbligo di denunciare certi reati, in altre parole, l'obbligo di attivare la giurisdizione ⁽⁵¹⁾.

Certo, si potrebbe obiettare che la denuncia non è accusa, non è, cioè, pretesa di *ius dictum*, ma mero atto informativo: di fatto, ancora attorno al XIII secolo, ma anche più in là, *denuntiatio*, *accusatio* e *inquisitio*, sono moduli d'avvio della giurisdizione dai tratti imprecisi, spesso ampiamente sovrappoventisi ⁽⁵²⁾, in una progressiva de-forma-

derati particolarmente pericolosi per la sicurezza della società, che subisce un ampliamento destinato a provocare il crescere d'importanza del procedimento *ex officio*. In merito alla diffusione del metodo inquisitorio operata tramite l'ampliamento dei reati d'azione pubblica nelle legislazioni comunali v. E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 9; P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, Milano, 1953, p. 82; G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de Maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padova, 1976, p. 32.

⁽⁵¹⁾ Come chiarisce A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., vol. VI, parte II, p. 21 «...nel secolo decimoterzo si crearono, sullo esempio degli irenarchi, curiosi e nunciatori del diritto romano, i *massari*, *sindaci*, *anziani*, *consoli*, *giuriati*, *soprastanti* delle singole terre o parrocchie, affinché si tenessero a giorno dei delitti che accadevano nel territorio loro assegnato e ne dessero avviso ai tribunali per intraprendere il procedimento... E per eccitare codesti ufficiali alla vigilanza e manifestazione, si attribuì loro pure una parte delle pene dei delitti denunziati da essi, o qualche altro premio...Altrove erano gli anziani del popolo ai quali spettava denunziare i delitti e sorvegliare che venissero puniti. Altre volte è comandato a tutti coloro che si sono trovati presenti ad un reato o che ne abbiamo avuto contezza, di denunziarlo, sia che ciò valesse per ogni delitto, sia solamente per alcuno dei più gravi e temuti, od anche per un reato speciale; e a chi non obbedisse, comminavansi forti pene, persino la forca, mentre promettevansi premi al denunziante». Sull'obbligo imposto a taluni soggetti di denunziare ed accusare persone e/o crimini, come manifestazione di un crescente interesse della collettività per la repressione delle condotte penalmente sanzionate v. pure il vivido ritratto della procedura duecentesca nel micro-cosmo comunale di Perugia tratteggiato da S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa (ovvero: il caso Giacompuccio e poche note introduttive)*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, p. 33.

⁽⁵²⁾ Dal XIII secolo sino al XVII inoltrato, la fluidità dei moduli processuali, in particolare sotto il profilo delle forme d'avvio del processo, impronta di sé il linguaggio della pratica, della legislazione e anche delle ricostruzioni dottrinarie contemporanee. Tanto il *Tractatus de Maleficiis* di Alberto da Gandino, scritto attorno alla fine del '200, quanto il quattrocentesco omonimo *opus* di Angelo Gambiglioni, come pure la *Practica Criminalis* di Giulio Claro, datata 1570, mostrano una consistente sovrapposizione linguistica nell'uso dei termini tecnici "accusa", "querela" e "denunzia", vaghezza semantica non ascrivibile a carenze espositive degli autori, quanto piuttosto alla medesima nebulosità della pratica, in cui criteri e caratteri distintivi di ciascuna

lizzazione che costituirà eclatante caratteristica del processo inquisitorio, ossia del processo auto-avviantesi.

Sono state appena enumerate: forme d'azione privata e assieme facoltativa; privata, o semi-tale, eppure obbligatoria. Giungiamo ora, col processo conosciuto come inquisitorio, ad una forma d'avvio della giurisdizione assolutamente semplificata: nelle pagine dei giuristi del tempo esistono dei *praeambula legitima inquisitionis*, ossia moduli vari di attività informative, private o meno (*diffamatio, denuntiatio, deprehensio rei in flagranti crimine, querela partis offensae*, impulso dell'*advocatus fisci*)⁽⁵³⁾ necessari alla validità dell'intrapreso procedimento. Nel mondo della pratica quotidiana, peraltro, i poteri del giudice si ampliano nella medesima misura in cui prende piede l'uso generalizzato dell'*inquisitio*, posto che gli stessi *praeambula legitimae inquisitionis* possiedono caratteristiche tali da essere facilmente aggirabili in via di fatto.

La pratica delle denunce segrete, la possibilità di *inquirere* in base alla mera *vox populi*, trasformano l'atto d'avvio del processo in una sorta di combustione spontanea, coerente all'informalità del rito seguente⁽⁵⁴⁾. L'*actio* si manifesta, qui, nelle forme del "potere", affidato nelle mani di un soggetto pubblico, ma sostanzialmente svincolato da presupposti in grado di imbrigliarne l'esercizio.

Quando, nell'eco delle critiche ripetute dai riformatori illuministi, nonché sulla scia di un'inevitabile mutamento nei generali rapporti tra Stato e persona, che vede la seconda contrapporsi al primo non più come inerme *subditus* bensì come cittadino, le legislazioni iniziano quel processo di rinnovamento che culmina nell'elaborazione del cosiddetto processo misto⁽⁵⁵⁾ – né inquisitorio, né accusatorio – anche l'azione

forma si logorano con l'uso quotidiano sino a scomparire nell'amorfismo legalizzato del processo inquisitorio. Sull'argomento v. ampiamente, E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., *passim*; S. LONGHI, *Commento al codice di procedura penale*, a cura di L. Mortara ed altri, V, Torino, 1921, p. 19; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, cit., p. 35; G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale*, cit., p. 34.

⁽⁵³⁾ Così E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 43, nella rievocazione del processo inquisitorio cinquecentesco come descritto da Giulio Claro.

⁽⁵⁴⁾ Sull'argomento v. ancora E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 56, nonché, ampiamente, A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975, p. 197; S. LONGHI, *Commento al codice*, cit., V, p. 19.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. L. LUCCHINI, *Elementi di procedura*, cit., p. 38.

si trasforma; acquista lineamenti normativi più definiti uscendo dall'amorfismo inquisitorio, diventa *munus publicum*, non più mero potere, acquista l'attributo di obbligatoria, per garantire un equanime esplicazione di quel *munus*, finisce nelle mani di un organo statale sì, ma diverso dal giudice.

Ciò che, in sostanza, si vuol ribadire e sottolineare, attraverso il veloce panorama appena tratteggiato, è che, fermo quel nucleo ontologico essenziale, che è la natura di provocazione della *iurisdictio* ⁽⁵⁶⁾, l'azione penale non possiede alcun carattere che le sia proprio, immutabile attraverso le vicissitudini storiche e che valga, quindi, a differenziarla dall'azione civile.

⁽⁵⁶⁾ V., però, in senso profondamente contrario al concetto di azione come provocazione della *iurisdictio*, almeno nel sistema processuale risultante dal codice 1930, C. TAORMINA, «Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale», cit., 143: l'autore arriva alla conclusione estrema per cui, in realtà, nell'ordinamento processuale risultante dal codice Rocco non esista, al pari che nel processo inquisitorio puro, una vera e propria forma di azione penale, infatti, «in esso, pur nella appariscente distinzione del pubblico ministero, quale organo dell'accusa, dalla giurisdizione e pur in presenza di una normativa... volta a delineare ed anzi a sottolineare con vigore l'istituto e le attività integranti l'azione penale, né dell'uno, né delle altre è assolutamente possibile ravvisarne l'esistenza».

CAPITOLO SECONDO

I CARATTERI GENERALI DELL'AZIONE PENALE

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Obbligatorietà. – 3. (*segue*) L'obbligatorietà nel reale. – 4. Pubblicità. – 5. Officialità. – 6. Irretrattabilità.

1. *Considerazioni preliminari*

Si è visto come, procedendo ad un progressivo depuramento del concetto di azione penale, sia possibile giungere ad un nucleo, universalizzabile tanto in senso verticale, ossia nella storia, quanto in senso orizzontale, ossia valido anche per il processo civile e, più in generale, in ogni contesto in cui appaia una funzione caratterizzantesi come *iurisdictio*.

Ontologicamente definibile come potere di provocare l'intervento dello Stato-giurisdizione, questo nucleo concettuale, però, corrisponde anche a tutto ciò che è possibile predicarne, senza tenere conto delle legislazioni concrete. Il suo valore pratico è meramente strumentale, indispensabile a fini conoscitivi, ma di una conoscenza che, per risultare utile in concreto deve andare oltre, scendendo a comprendere non più "cos'è" l'azione penale, ma "com'è", ovvero come viene plasmata nello specifico contesto normativo in cui è immerso l'interprete.

Nell'esposizione della dottrina, l'azione penale viene dotata preliminarmente di alcuni attributi generalissimi, finalizzati a tratteggiarne i caratteri essenziali nell'ambito di un dato ordinamento: obbligatorietà, pubblicità, officialità, irretrattabilità.

Per la loro attitudine alla caratterizzazione in discorso, i primi due attributi risultano nettamente predominanti, possedendo, però, un valore assai diverso, data la fonte legislativa da cui provengono, di grado costituzionale, in un caso, e ordinaria nell'altro. Ovvio, dunque, la trattazione preliminare dell'obbligatorietà, stabilita dall'art. 112 Cost.

2. *Obbligatorietà*

Il fatto che la tematica dell'azione penale non abbia goduto, nell'ultimo ventennio, della medesima assiduità speculativa che ha caratterizzato altri istituti processuali cessa di essere vero in quel particolare settore della problematica che concerne il carattere obbligatorio dell'azione penale.

Il dibattito relativo al significato, ai limiti dogmatici e pratici, ai controlli e alle istanze riformiste del principio di obbligatorietà inizia con i primi trattati di procedura penale ⁽¹⁾, per conoscere oggi un'attualità indubitabile, resa più immediata dagli ovvi problemi di gestione di una criminalità incalzante nelle cifre e nei modi. È un fatto che non stupisce più di tanto, a ben vedere: l'argomento assume rilevanza pratica enorme non solo grazie al suo ovvio riverbero sulla possibilità di utilizzare in una maniera piuttosto che in un'altra le risorse dello Stato in materia di affari penali, ma anche per i suoi riflessi sul problema dell'indipendenza d'esercizio della funzione d'accusa. Checché ne dicano pur autorevoli voci dottrinali ⁽²⁾, in effetti, il problema di

⁽¹⁾ V., ad esempio, quanto scrivevano sul problema della natura doverosa o meno dell'attività d'esercizio dell'azione penale affidata al pubblico ministero, già T. BRIGANTI, *Pratica criminale*, a cura di F. De Marco, I, Napoli, 1842 (rist. 1755), p. 103, n. 1; C. CIVOLI, *Procedura penale*, Milano, s.d., p. 44; N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, parte 1, vol. III, Napoli, 1828, p. 742; M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, vol. I, parte II, Torino, 1864, p. 15; F. PUGLIA, *Istituzioni di procedura penale*, Napoli, 1884, p. 73.

⁽²⁾ Cfr., in tal senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 1991, p. 402: «Notiamo come figura organica del pubblico ministero e dialettica dell'azione siano variabili autonome: l'obbligo d'agire è compatibile con l'inquadramento in uffici a vertice ministeriale; e l'indipendenza esterna non esclude una politica selettiva degli impulsi al processo. Anzi può darsi che la favorisca: chiamato al banco, il ministro risponde, bene o male, della routine accusatoria, con quanto vi sia di biasimevole, dall'accanimento persecutorio, all'inerzia calcolata o ignava; l'autonomia tecnocratica oppone uno schermo». In effetti, tanto sul piano teorico, quanto su quello pratico, è difficile negare che dipendenza gerarchica dall'esecutivo e principio di obbligatorietà possano essere eventualmente conciliati, così come è difficile negare che, di fatto, l'indipendenza esterna non escluda selezioni di vario carattere tra *notitiae criminis*; questa, però, è una constatazione tratta dalla quotidiana realtà del nostro sistema giudiziario che, a ben vedere, dovrebbe indurre ancor più a guardare con sospetto l'idea delle «variabili indipendenti», l'idea, cioè, di accoppiare l'attuale situazione d'indipendenza del pubblico ministero con una eliminazione del principio di obbli-

un'eventuale riforma del principio di obbligatorietà dell'azione penale, che miri a sostituirlo con il contrapposto principio di opportunità, viene *de facto* trattato in una con la questione attinente allo *status* del pubblico ministero, quale magistrato indipendente nell'esercizio delle sue funzioni ⁽³⁾.

gatorietà: il probabile risultato equivarrebbe ad una vera e propria *deregulation*, legalizzazione dell'attuale prassi sommersa nonché, ovviamente e per conseguenza, ad una sua esasperazione, ad una *gestio* delle notizie di reato totalmente abbandonata nelle mani di isolati centri di potere – le procure o, peggio ancora, i singoli magistrati del pubblico ministero – sCOORDINATI gli uni dagli altri e, quindi, incapaci di impostare un'indirizzo qualsiasi nella funzione di controllo della devianza sociale. In senso sostanzialmente coincidente v. F. CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1980, 1059. Contro l'idea delle "variabili indipendenti" v. pure V. ZAGREBELSKY, *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *Cass. Pen.*, 1992, 3183.

⁽³⁾ Su "natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero" (parafrasando il titolo del lavoro di A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero in Accusa penale e ruolo del pubblico ministero. Atti del Convegno, Perugia 20-21 aprile 1990*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, p. 11), esiste una letteratura che definire copiosa sarebbe eufemistico. Per un primo approccio all'argomento, in prospettiva storica e critica al tempo stesso, v. *La riforma del pubblico ministero. Atti del Convegno, Mantova 5-6 maggio 1973*, Milano, 1974; *Il p.m. nell'ordinamento italiano. Atti del Convegno, Isola Capo Rizzuto 5-7 giugno 1977*, in *Rass. Magistrati*, 1977; *Il pubblico ministero oggi. Atti del Convegno, St. Vincent, 3-5 giugno 1993*, (in corso di pubblicazione); A. ADEMOLLO, *Il giudizio criminale in Toscana secondo la riforma leopoldina*, Firenze, 1840, p. 112; G. BARONE, *Il pubblico ministero in un recente convegno*, in *Cass. Pen.*, 1993, 1609; J. BONFANTI, *Della istruzione de' processi criminali in Toscana*, Lucca, 1850, p. 18; G. BORSANI e L. CASORATI, *Codice di procedura italiano*, I, Milano, 1873, p. 9; G. CARCANO, *Il pubblico ministero*, in *Monit. Trib.*, 1868, IX, e 1869, X; G. CASCINI, *Il ruolo del pubblico ministero: garanzie d'indipendenza e prospettive di specializzazione funzionale*, in *Quest. Giust.*, 1993, 419; M. CHIAVARIO, *Una sentenza rispettosa dei ruoli "naturalisti" del pubblico ministero e del giudice*, in *Giur. Cost.*, 1993, 38; L. DAGA, voce *Pubblico ministero (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 1; G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Accusa penale*, cit., p. 169; E. DI NICOLA, *La posizione del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1988, 1712; U. DINACCI, *Prospettive sistematiche del processo penale*, Padova, 1975, p. 147; O. DOMINIONI, *Per un collegamento tra ministro della giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale, Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979, p. 89; E. FORTUNA, voce *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, XXV, 1991, p. 1; G. FOSCHINI, *Ministro della giustizia e pubblico ministero nella nuova Costituzione*, in *Arch. Pen.*, 1948, I, 260; A. GAITO, *Ambiguità del p.m. in un sistema tendenzialmente accusatorio*, in *il giusto processo*, 1991, 39; ID., *Organizzazione e fun-*

Questo connubio di problematiche non è peraltro immotivato: in effetti, la recezione costituzionale del principio di obbligatorietà fu *ab origine* pensata come soglia "minima" di tutela dell'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio delle funzioni d'accusa, spartiacque essenziale tra ciò che sarebbe stato consentito fare dell'organo inquirente in sede legislativa ordinaria, ed un recente passato di gestione politicamente orientata degli affari penali ⁽⁴⁾. I lavori preparatori della Costituzione non lasciano dubbi in tal senso ⁽⁵⁾: l'obbligatorietà doveva costituire per l'organo del pubblico ministero quel medesimo imperativo categorico che era costituito, per la magistratura giudicante, dall'art. 101 Cost.: subordinazione alla legge e ad essa soltanto.

Occorre notare, però, come, in quella sede il fatto di concepire l'art. 112 Cost. quale prima essenziale garanzia contro eventuali ingerenze dell'esecutivo nella gestione degli affari penali, costituisse, a sua volta,

zionario del pubblico ministero, in *Rass. Giur. Umbra*, 1994, 264; S. GIAMBRUNO, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*, in *Cass. Pen.*, 1994, 338; A. GIULIANI, *Sintesi dei modelli storici delle procedure d'accusa*, in *Accusa penale*, cit., p. 53; D. MARAFIOTI, *Riflessioni su ordinamento giudiziario e nuovo processo penale*, in *il giusto processo*, 1989, 3° fasc., 47; L. MARAFIOTI, *La «metamorfosi» del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in *Giur. It.*, 1990, IV, 115; M. MARCHESEIELLO, *Il ruolo del pubblico ministero nel processo penale che muta (ovvero, il disagio dell'accusatore)*, in *Quest. Giust.*, 1989, 343; A. MIELE, *Sommario indagini sul pubblico ministero nel sistema penale italiano*, in *il giusto processo*, 1989, 1° fasc., 32; N. NICOLINI, *Della procedura penale*, cit., parte 1, vol. II, 1828, p. 502; M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 89; G. PALOMBARINI, *P.M. e giudice: distinzione delle funzioni e separazione delle carriere*, in *Quest. Giust.*, 1993, 1; G. PECORELLA, *Al di là dell'alternativa dipendenza-indipendenza: il p.m. tecnico dell'investigazione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, 118; M. PISANI, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: profili deontologici*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1989, 181; A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento tra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 30; G. RICCIO, *Il nuovo pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale*, in *il giusto processo*, 1990, 18; M. SCAPARONE, voce *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 1094; V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del p.m. e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 3.

⁽⁴⁾ Sull'argomento v. V. MELE, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 1987, p. 19 e ss., con cospicui riferimenti dottrinali.

⁽⁵⁾ V. il dibattito relativo in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati - Segretariato generale, VIII, Roma, 1971, pp. 1969 e 1992. Cfr. pure, in tal senso, A. DE MATTIA, *Bilancio di un convegno*, in *La riforma del pubblico ministero*, cit., p. 20; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2658.

la conseguenza di una determinata impostazione del discorso. In altre parole, l'intreccio tra obbligatorietà dell'azione e configurazione ordinamentale del pubblico ministero veniva considerato, già in seno alla Costituente, come un "primo vero", ossia un punto di partenza in base al quale gestire entrambe le problematiche in connessione reciproca ⁽⁶⁾. Certamente, i motivi di un atteggiamento mentale del genere risiedono nella identificazione, prodotta dall'appena cessato regime fascista, tra comportamento discrezionale del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione e manovramento indebito delle cose penali da parte dell'esecutivo, insomma, nell'identificazione tra principio d'opportunità e vincolo gerarchico esterno ⁽⁷⁾. Una spiegazione del genere, però, ha un valore molto parziale, e la cosa diventa chiara solo che si voglia indulgere brevemente ad un'analisi comparatistica.

Può essere interessante considerare come il paese – la Repubblica Federale Tedesca – che usciva da un'esperienza totalitaria identica a quella italiana, se non peggiore, sotto il profilo del coinvolgimento degli organi di giustizia in una conduzione degli affari penali completamente asservita agli interessi di regime ⁽⁸⁾, non abbia ritenuto necessario attribuire esplicitamente al principio di obbligatorietà il valore di norma costituzionale. Il *Legalitätsgrundsatz* è contenuto – ora come al momento di entrata in vigore della *Strafprozessordnung* ⁽⁹⁾, in data 1879 – nel § 152 *StPO*, in una legge ordinaria, quindi, che prevede, tra l'altro,

⁽⁶⁾ Sull'argomento v. le considerazioni svolte da G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, IV, Bologna - Roma, 1987, p. 43, che sottolinea appunto come «la discussione prende le mosse dall'art. 8 del Progetto Calamandrei e sin dalle prime battute si intreccia con il problema della dipendenza del pubblico ministero dal Ministro della giustizia. Sul principio di obbligatorietà vi è accordo unanime; i dubbi vertono, non a caso, sulla conciliabilità del principio stesso con la soluzione che verrà data ai rapporti tra il pubblico ministero e il potere esecutivo».

⁽⁷⁾ Cfr. G. CONSO, *Tra suggestioni e malessere*, in *Accusa penale*, cit., p. 5; F. CARABBA, *Il pubblico ministero nell'ordine costituzionale*, in *La riforma del pubblico ministero*, cit., p. 85; v. però, in termini fortemente critici, G. DE LUCA, *Controlli extra-processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero*, in *Accusa penale*, cit., p. 217; come pure, A. BRANCACCIO, *Intervento*, in *Il p.m. nell'ordinamento italiano*, cit., p. 443.

⁽⁸⁾ V. sull'argomento, l'interessante analisi di I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen*, München, 1989, *passim*.

⁽⁹⁾ È il codice di procedura penale tedesco.

numerose eccezioni al principio⁽¹⁰⁾. A ciò si aggiunga che l'archiviazione risulta, in quel contesto normativo, atto assolutamente esclusivo del pubblico ministero, libero nel decidere la superfluità del processo senza intervento giudiziale alcuno (§ 170 *StPO*), con l'unica remora di un controllo eventuale – ed estremamente complesso nelle modalità attuative – affidato all'iniziativa della persona offesa dal reato (§ 172e ss. *StPO*). Si consideri, ancora, come questo pubblico ministero così autonomo nelle sue determinazioni, è organo collegato da una salda catena gerarchica ad un'autorità centrale compresa tra i ranghi dell'esecutivo qual è, indubbiamente, il Ministro della Giustizia (§§ 146-147 *GVG*)⁽¹¹⁾.

Il paragone tra il sistema così sinteticamente delineato e quello italiano, stimola alla riflessione e induce a chiedersi per quale motivo, a

⁽¹⁰⁾ Codificate dai §§ 153; 153 a; 153 b; 153 c; 153 d; 153 e; 154; 154 a; 154 b; 154 c; 154 d; 154 e *StPO*. Tali paragrafi non esauriscono i casi di vigenza del principio di opportunità, nonostante vi sia incertezza in merito all'esatta collocazione delle restanti ipotesi. È anche da aggiungere come l'enumerazione appena effettuata corrisponde alla situazione attuale; la versione originaria della *StPO* prevedeva in numero estremamente ristretto casi di vigenza del principio di opportunità. La dottrina suddivide le ipotesi oggi previste in quattro categorie: reati bagatellari; reati minori in cui l'interesse alla persecuzione penale può venir eliminato dalla volontaria sottoposizione del colpevole ad una serie di compiti di varia indole imposti dal pubblico ministero; ipotesi di reati in cui l'interesse alla punizione cede dinanzi ad interessi giuridicamente prevalenti; reati di azione penale privata. Sulla relativa problematica v. la sintetica, ma efficace trattazione di C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 20. Aufl., München, 1987, p. 69, nonché, sempre da un punto di vista generale, sul principio di legalità e casi di "opportunità", W. BOTKE, *Polizeiliche Ermittlungsarbeit und Legalitätsprinzip*, in *Gedächtnisschrift für K.H. Meyer*, Berlin, 1990, p. 37; J. BAUMANN, *Minima non curat praetor*, in *Festschrift für K. Peters*, Tübingen, 1974, p. 3; H.J. HIRSCH, *Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZStW* 92 (1980), 218; P. RIESS, *Vereinfachte Verfahrensarten für die kleinere Kriminalität*, in *Strafprozess und Reform*, 1979, p. 113; ID. *Die Zukunft des Legalitätsprinzips*, in *NStZ* 1981, 2; F.C. SCHROEDER, *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute*, in *Festschrift für K. Peters* cit., p. 411; H. ZIPF, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip*, *ivi*, p. 487.

⁽¹¹⁾ Sull'organizzazione degli uffici del pubblico ministero in Germania un'efficace sintesi è quella di M. MAIWALD, *Appunti sul ruolo del Pubblico Ministero nell'esperienza processuale tedesca*, in *il giusto processo*, 1992, 9; F. MOLINARI, *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 217. Sull'argomento cfr. pure, volendo, C. VALENTINI REUTER, *Il ruolo del pubblico ministero nel processo penale tedesco*, in *il giusto processo*, 1992, 358.

fronte di un passato recente così funestamente analogo, la reazione riorganizzativa dei due ordinamenti sia stata *a tal punto* diversa.

Ora, occorre preliminarmente notare come la questione riguardante il carattere obbligatorio o discrezionale della funzione d'accusa, in quanto monopolizzata da un organo dello Stato, non sorgeva né in Germania, né in Italia, con la fine della seconda guerra mondiale, ma segnava come un filo rosso l'evoluzione legislativa dei due paesi in materia di procedura penale. L'art. 1 c.p.p. 1859 proclamava solennemente che «ogni reato dà luogo ad un'azione penale» e l'art. 42 c.p.p. 1859 completava la previsione con una norma di comportamento, statuendo: «Il procuratore del Re è tenuto, nel distretto del Tribunale in cui esercita le sue funzioni...di promuovere e proseguire le azioni penali derivanti da crimini o delitti colle norme prescritte dal presente Codice». Parallelamente, il § 152 *StPO* enunciava: «(1) *Zur Erhebung der öffentliche Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen.* (2) *Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen*» ⁽¹²⁾.

Entrambe le norme statuivano, dunque, in maniera inequivoca che l'esercizio dell'azione penale dovesse configurare, per l'organo dell'accusa, un obbligo e non un'attività discrezionalmente esercitabile ⁽¹³⁾. In entrambi i paesi era altrettanto chiara la percezione del valore del principio, quale formula indispensabile a garantire un'esplicazione equanime ed efficiente del *munus publicum* affidato alle mani del pub-

(12) «(1) All'esercizio dell'azione penale è chiamato l'ufficio del pubblico ministero. (2) Esso è tenuto, sempreché la legge non stabilisca alcunché di diverso, ad esercitarla per tutti i reati perseguibili, nella misura in cui esistano sufficienti indizi concreti».

(13) Per una precisa affermazione del concetto di "obbligatorietà" o "necessarietà" (in questi termini) dell'azione penale v. C. CIVOLI, *Procedura penale*, cit., p. 44; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze; 3^a ed., 1908, p. 86; F. PUGLIA, *Istituzioni*, cit., 43. Pure S. LONGHI, *Commento al codice di procedura penale*, a cura di L. Mortara ed altri, V, Torino, 1921, p. 365, scrive, a proposito dell'azione penale quale regolamentata nel c.p.p. 1865: «Nella legislazione processuale italiana abrogata il principio di legalità doveva ritenersi indiscusso, per la lettera della legge e per le dichiarazioni che la disposizione avevano preparata e sorretta. Invero... era detto all'articolo 1° della legge italiana, che "ogni reato dà luogo all'azione penale". Il pubblico ministero era dunque *obbligato* a promuovere l'azione pubblica ogniqualvolta venissero a sua notizia elementi tali da persuadere che vi fosse luogo a promuoverla».

blico ministero ⁽¹⁴⁾. In entrambi i paesi il discorso dottrinale si appuntava fin dall'inizio sull'esigenza d'arginare eventuali comportamenti devianti o inerzie consapevoli dell'organo titolare dell'azione penale ⁽¹⁵⁾. In Germania, però, benché un lungo e intenso dibattito in merito alla

⁽¹⁴⁾ Così, ad esempio, L. MASUCCI, *L'azione penale*, in *Enc. Dir. Pen. It.*, a cura di E. Pessina, III, Milano, 1906, p. 108 sostiene che «l'azione penale è *necessaria*, nel senso che ne è obbligatorio l'esercizio, perché necessaria al mantenimento dell'ordine pubblico e della tranquillità sociale è la reazione del diritto contro le forze sconfinanti e insorgenti. Il Diritto che non reagisce è forza inerte; la legge che non attua le sue sanzioni è formula vuota e irrisoria; la società nella quale al reato non segue energica ed immancabile l'azione penale è società priva di tutela. Scoprire i colpevoli ed applicare ad essi inesorabilmente i rigori della legge punitiva è rigore imprescindibile dello Stato...Talvolta...il movimento di questa azione è subordinato a condizioni e trova alcuni ostacoli; ma queste eccezioni non valgono ad escludere dall'azione penale il carattere di necessità giuridica, perché queste condizioni e questi ostacoli non hanno per fondamento l'arbitrio, ma considerazioni d'interesse sociale valutate ed eccezionalmente ammesse dal legislatore. Ma, all'infuori di questi casi stabiliti espressamente dalla legge, l'azione penale deve avere il suo svolgimento immancabile, libero e pronto.» V. pure, in senso fortemente critico contro il sistema francese del *Code d'instruction criminelle* regolante l'azione penale "facoltativa", V. ASCHETTINO, *Del concorso della parte lesa nello svolgimento dell'azione penale*, in *Riv. Pen.*, vol. VI, 1877, 15; *contra*, in posizione sfavorevole alla recezione legislativa del principio di "obbligatorietà" v. C. CIVOLI, *Procedura penale*, cit., p. 51, sottolineando come «la rimessione all'apprezzamento del pubblico ministero della opportunità di promuovere l'azione penale avrebbe...il merito di mettere d'accordo la legge scritta colla pratica della vita». Identicamente, in Germania la percezione dell'importanza del *Legalitätsgrundsatz* quale essenziale strumento di garanzia contro compiacenti inerzie del pubblico ministero si accompagna all'idea che il principio sia inadatto a rispecchiare le multiformità dell'esistenza reale, in cui un medesimo fatto di reato può apparire, sotto determinate circostanze, bisognoso di pena e, sotto altre, inadatto a provocare l'intervento della giurisdizione penale; d'altro canto la pratica applicazione del principio di legalità appare al giurista tedesco assai difficile a realizzarsi, postulando essa un continuo, instancabile intervento del pubblico ministero, per ogni, sia pur minuscola, infrazione della legge penale. In tal senso v. K. JANKA, *Staatliches Klagemonopol oder subsidiäres Strafklagerecht*, Erlangen, 1879, p. 4; T.R. SCHÜTZE, *Das staatsbürgerliche Anklagerecht in Strafsachen*, Graz, 1876, p. 9. Sull'argomento in generale v. ancora A. HERTZ, *Die Geschichte des Legalitätsprinzips*, Borna - Leipzig, 1935.

⁽¹⁵⁾ Si considerino le parole con cui F. CARRARA, *Azione penale*, in *Riv. Pen.*, vol. III, 1875, 18, stigmatizza alcune carenze, contenute, a suo dire, nel Progetto di Codice di procedura penale tedesco: «Il monopolio dell'accusa nel Pubblico Ministero potrà adottarsi sol quando nella legge si trovi espresso e garantito ad un tempo il principio della *legalità*. Questo principio, invero, nel Progetto presentato al Reichstag lo troviamo espresso. Ivi il Pubblico ministero viene detto in obbligo di elevare

medesima opportunità d'introduzione dell'istituto-pubblico ministero avesse accompagnato tutto il periodo d'incubazione della *Strafprozeßordnung* ⁽¹⁶⁾, il monopolio di quell'organo sull'atto d'impulso del processo veniva vissuto con timori meno impellenti di quanto accadesse nella dottrina italiana. La consapevolezza del problema esisteva e i lavori preparatori della *StPO* dimostrano come, esattamente allo scopo di prevenirne l'insorgere, il legislatore avesse creato quella peculiare forma di controllo sull'archiviazione che è il *Klageerzwingungsverfahren* ⁽¹⁷⁾. Volendo, anzi, potrebbe essere sottolineata la distanza evo-

l'accusa là dove esiste una ragione legittima per farlo. Ma per essere osservato a dovere questo principio è bisogno di una sanzione. Questa esiste già anco nello stesso assioma suespresso, in quanto che violandolo il Pubblico Ministero, e nei congrui casi il suo superiore, può essere tenuto responsabile in via disciplinare o a tenore del § 346 del codice penale. Ma questa responsabilità che ad altri organi dello Stato, o ai corpi pubblici rappresentativi e in alcune circostanze anco alla stampa può facilmente essere un mezzo efficace di raggiungere praticamente lo scopo, presenta difficoltà quando è un privato colui il quale è interesse allo esercizio dell'azione penale contro un reato». Sulla "possibile inerzia" del pubblico ministero e suoi eventuali rimedi v. pure F. ALIMENA, *Studi di procedura penale*, Torino, 1906, p. 6; G. BORSANI e L. CASORATI, *Codice di procedura*, cit., I, p. 36; L. MASUCCI, *L'azione penale*, cit., p. 110; F. SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, I, Torino, 3^a ed., 1882, p. 64; G. VACCA, *Il moderno indirizzo della posizione in accusa*, in *Riv. Pen.*, vol. XIX, 1884, 328, che, sulla base di un'ampia prospettazione comparatistica, propugna come efficace mezzo di tutela contro l'inerzia del pubblico ministero, l'introduzione di forme d'accusa privata. Sul medesimo problema nella visuale della dottrina tedesca dell'epoca, v. R. von GNEIST, *Vier fragen zur Deutschen Strafprozeßordnung*, Berlin, 1874, p. 22; T.R. SCHÜTZE, *Das staatsbürgerliche Anklagerecht*, cit., p. 6; e, nei lavori preparatori della *StPO*, K. HAHN, *Die gesamte Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1.2.1877*, 1. Abteilung, Berlin, 1880, p. 28.

⁽¹⁶⁾ Sull'argomento cfr. ampiamente K. ELLING, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, Breslau, 1911, *passim*; e ancora R. von GNEIST, *Vier Fragen zur Deutschen Strafprozeßordnung*, cit., p. 22; R. KOEWIUS, *Die Rechtswirklichkeit der Privatklage*, Berlin, 1974, p. 18. Sempre in tema di profili storici dell'istituto v. pure E. CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, Breslau, 1932; E. DÖHRING, *Die deutsche Staatsanwaltschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, in *DRiZ* 1958, 282; D.R.B.-Kommission f. staatsanwaltschaftl. Angelegenheiten, *Der Staatsanwalt in der Dritten Gewalt*, in *DRiZ* 1968, 357; W. WAGNER, *Der objektive Staatsanwalt - Idee und Wirklichkeit*, in *JZ* 1974, 212.

⁽¹⁷⁾ Sullo scopo del *Klageerzwingungsverfahren* quale evidenziato dai lavori preparatori della *StPO* e dalla dottrina contemporanea e successiva si rimanda alla più ampia trattazione dell'argomento contenuta nel Cap. III, §§ 7-10. Qui basta sottolineare come il dibattito dottrinale attorno al pericolo di una gestione deviante dell'at-

lutiva tra codificazione tedesca e codificazione italiana, posto che nel nostro paese gli ammonimenti dottrinali rimasero lettera morta sino al codice del 1913, che avrebbe previsto un controllo giudiziale sull'azione quasi quarant'anni dopo il legislatore germanico ⁽¹⁸⁾.

Questo breve salto indietro nel tempo vale a chiarire come, non solo nell'ambiente giuridico tedesco sia sempre esistita la consapevolezza dei problemi inerenti ad un sistema che affida l'esercizio dell'azione penale ad un organo pubblico monopolista e gerarchicamente vincolato al potere esecutivo, ma, anzi, tale consapevolezza si è tradotta in forme di controllo adeguate, in un tempo storico largamente precedente il nostro.

Torna a riproporsi, dunque, ancora una volta, l'interrogativo di partenza. Occorre chiedersi, cioè, per quale motivo, dopo la fine di un regime caratterizzato da una gestione non solo politicamente indirizzata, ma addirittura "terroristica", dell'azione penale, quel sistema non sia stato cambiato, come è accaduto in Italia; e, ancora, come mai il *Legalitätsgrundsatz* sia rimasto inglobato in una legge ordinaria, ed abbia, anzi, subito, nel corso degli anni successivi, cospicui attenuamenti, ad opera delle situazioni eccezionali contemplate dei §§ 153 e ss. *StPO*; per qual motivo, infine, il pubblico ministero tedesco sia ri-

to d'impulso al processo ad opera del pubblico ministero, è sicuramente meno rilevante e diffuso di quello che si sviluppa in merito al timore di un'involuzione inquisitoria del processo, inevitabile, per la dottrina tedesca dell'epoca, laddove si fosse acconsentito a costruire un controllo giudiziale sull'atto d'archiviazione. Persino l'istituto previsto dai §§ 170 e ss. *ReichStPO* (ora §§ 172 e ss. *StPO*) – il c.d. *Klageerzwingungsverfahren* (procedimento d'imputazione coatta) – pure incentrato sull'intervento di un privato, ovvero la persona offesa che ritenga illegittima l'archiviazione disposta dal pubblico ministero, attira a sé non poche critiche, a causa del suo inevitabile coinvolgimento di un organo giudicante in funzione di controllo circa la veridicità dell'istanza inoltrata dalla parte lesa. Insomma, il timore di un'involuzione inquisitoria prodotta da strutture *interne* al processo, indirizza in una certa direzione il legislatore tedesco, molto di più di quanto non possa il pericolo di una gestione arbitraria della *notitia criminis* da parte del p.m. Sull'influenza di timori siffatti durante i lavori preparatori della *StPO* v. K. HAHN, *Materialien*, cit., I, p. 727; S. JANS, *Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens*, Frankfurt, 1990, p. 13.

⁽¹⁸⁾ Cfr. S. LONGHI, *Commento al codice*, cit., V, p. 366: «Nessuna meraviglia che la dottrina italiana, come quella che vantava così forti e autorevoli tradizioni, si mantenesse viva anche durante i lavori preparatori del nuovo Codice di procedura, e in questo passasse, rinsaldata anzi e integrata, mediante la creazione di nuovi controlli, che al principio dessero effettiva sanzione».

masto autorità collegata da una ferrea catena gerarchica all'esecutivo.

Un'impostazione psicologica peculiare è rintracciabile, in effetti, alla base di siffatto atteggiamento, comune tanto al legislatore, quanto alla dottrina: un'astratta fiducia nel comportamento legalistico delle istituzioni, una vocazione incompressibile e alquanto diffusa verso il *Rechtsstaat*, lo Stato di diritto ⁽¹⁹⁾; ancora, e soprattutto, la consapevolezza che principio di legalità o di opportunità, ordinamento della pubblica accusa, sistemi di controllo e relative sanzioni, costituiscono dati oggettivamente neutri, istituiti dal funzionamento "giusto" nella misura in cui sia tale l'ordinamento del quale fanno parte, nella misura in cui permanga quel *Rechtsstaat*, da cui traggono senso e valore. In altre parole, proprio l'esperienza del nazionalsocialismo è servita a confermare, con la forza dell'esperienza storica, che nell'"*Unrechtsstaat*" ⁽²⁰⁾ non esistono istituti in grado di evitare la strumentalizzazione del processo a fini arbitrari; nell'"*Unrechtsstaat*" il diritto medesimo diventa concetto elastico, espandibile all'infinito e in direzioni imprevedibili, perché anzi la vocazione più autentica di uno Stato siffatto è all'eliminazione del diritto, come regola generale e astratta, per sostituirlo con il *Führerprinzip* ⁽²¹⁾, l'ordine superiore insindacabile, e il *Volksgeist*, inafferrabile concetto utile a giustificare tutto, in un crescendo d'irrazionalismo giuridico il cui scopo ultimo è null'altro che la legalizzazione dell'illegalità ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Sull'argomento v. pure, ampiamente, H. ZIPF, *Politica criminale*, (trad. it.), Milano, 1989, p. 51 e ss.

⁽²⁰⁾ Per questa espressione v. I. MÜLLER, *Fürchtbare Juristen*, cit., *passim*.

⁽²¹⁾ V., in proposito, le pagine scritte sull'argomento da A. DE MARSICO, *Dogmatica e politica nella scienza del diritto penale*, in *Annali Dir. e Proc. Pen.*, 1941, 473.

⁽²²⁾ Su questa generale impostazione ideologica che ha caratterizzato la vita del diritto nel periodo nazionalsocialista v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2^a ediz., 1988, p. 69: «...il più radicale sovvertimento non solo dell'oggetto giuspositivistico, ma dello stesso metodo logico-razionale della scienza penale tradizionale si ebbe con l'irrompere dell'irrazionalismo o intuizionismo della Scuola di Kiel, che caratterizzò il pensiero giuridico tedesco nel fosco periodo mitico-razziale tra il '33 e il '45, investendo globalmente la teoria delle fonti e la teoria dell'interpretazione. Viene respinta la conoscenza razionale per concetti perché ritenuta conoscenza soltanto formale per categorie astratte, che uccide l'essenza di ogni fenomeno giuridico, impedendo di coglierlo nella sua concreta individualità. Così viene abbandonata ogni elaborazione sistematica, che uccide la vita e ferma il continuo divenire della storia in un sistema di forme inscheletrite. Ad esse va sostituita la conoscenza emozionale-sen-

Il legislatore italiano, assediato, nell'immediato dopoguerra, dal difficile compito di erigere, con la Costituzione, le fondamenta dello Stato democratico, non ha avvertito come la garanzia più salda per un corretto esercizio dello strumento penale, risiedesse non tanto nella scelta di un istituto piuttosto che un altro – nel caso di specie del principio di obbligatorietà piuttosto che quello di opportunità, come mezzo idoneo a tutelare l'indipendenza del pubblico ministero da altri poteri e l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge⁽²³⁾ – quanto, piuttosto, l'effettiva costruzione, nelle istituzioni complessivamente intese, di un atteggiamento di fondamentale ossequio verso l'idea dello "Stato di diritto", quel *Rechtsstaatprinzip* che il passato regime aveva calpestato molto più *di fatto* che non attraverso mutamenti legislativi.

È sintomatico che né il regime fascista⁽²⁴⁾, né il regime nazionalsocialista abbiano mai provveduto a cancellare rispettivamente dall'art. 1 c.p.p. 1930 e dal § 152 *StPO* il *Legalitätsprinzip*. Non ne avevano bisogno, in realtà; di fatto l'*"Unrechtsstaat"* perseguiva i suoi fini, *a prescindere* da norme e massimi principi ovunque codificati⁽²⁵⁾.

timentale, fondata sull'intuizione, perché essa sola consentirebbe di cogliere l'essenza individuale di ogni fenomeno giuridico. E questa intuizione delle singole individualità giuridiche deve essere raggiunta dal giudice mettendo in contatto la legge penale col sentimento proprio e con quello del Popolo, con la coscienza giuridico-popolare, fonte prima del *diritto penale del sentimento* (*Gefühlsstrafrecht*)». Sull'argomento v. pure, K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Tübingen, 2^a ed., 1935.

(²³) Paradigmatica, in tal senso, la posizione degli on. BETTIOL e G. LEONE, i quali, in sede costituente, non mancarono di sottolineare come esistesse un legame sicuro tra democraticità dello Stato e recezione del principio di obbligatorietà dell'azione penale. V., in tal senso, gli interventi dei citati personaggi in *La Costituzione della Repubblica*, cit., rispettivamente, V, p. 4145 e VI, p. 265.

(²⁴) Sottolinea questo particolare M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2659.

(²⁵) Al di là poi dello stravolgimento fattuale operato dall'illegalismo organizzato in sistema, lo Stato totalitario non ha bisogno di cancellare istituti giuridici per raggiungere le proprie mete anche perché, come ognuno sa, regole e principi non sono altro che parole, dotate di confini semantici propri solo nella misura in cui si sia disposti a riconoscerli. Paradigmatica, in tal senso, è la lettura di brani tratti dalla dottrina giuridica nazionalsocialista proprio in materia di principio di legalità: «*In dem Streite über Legalitäts - Opportunitätsprinzip haben eine unselige Rolle gespielt einerseits die extreme Rechtsstaatsidee, die der Rechtsverwirklichung alle andern Staatszwecke und damit das Staatswohl unterordnet, andererseits die Vieldeutigkeit des*

3. (segue): *l'obbligatorietà nel reale*

Alla luce di considerazioni del genere, è difficile non concordare con chi, stigmatizzando i toni enfatici che hanno occasionalmente caratterizzato il dibattito attorno all'art. 112 Cost., rileva come «i principi dell'obbligatorietà e dell'opportunità non hanno, di per se stessi, significati politico-istituzionali univoci e fra di loro opposti, ma sono suscettibili di variazioni anche di rilievo in corrispondenza con il generale contesto sistematico sul quale si innestino» ⁽²⁶⁾.

E, a proposito di contesti: nelle pagine precedenti si è insistito sul valore ideologicamente neutro dei principi regolanti le modalità d'esercizio dell'azione penale; è stato notato come pure l'assetto degli uffici d'accusa, in quanto organi dipendenti o meno dall'esecutivo, sia insuscettibile di caratterizzare in senso più o meno democratico lo stesso settore del processo; si è insomma sottolineato come la strumentalizzazione di simili istituti sia comunque possibile in "luoghi" storico-sociali devianti dal modello dello Stato di diritto, lo Stato che, con le sue istituzioni, si autolimita nell'ossequio alla Legge, quindi unico vero garante di democraticità.

Ora occorre aggiungere come, accanto al valore ideologico, di ogni istituto giuridico è possibile predicare il valore-efficienza. Sotto un pro-

*Wortes "Opportunität". Einen Opportunismus, der, um mit Kant zu sprechen, den Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre die Pflicht opfert, können wir nicht weit genug von uns werfen...Dagegen ist die Wahrung des Staatswohls Pflichtgebot, nicht nur "opportun"... Schon diese Erwägungen sprechen dafür, die Entgegensetzung der beiden Prinzipien überhaupt fallen zu lassen». Così Von OETKER, *Legalität, Opportunität, Klageerzwingung*, in GS 105, 370.*

⁽²⁶⁾ Così O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. It., Discipline Penalistiche*, I, Torino, 1987, p. 409. È curioso notare come un concetto sostanzialmente analogo venisse espresso, cinquant'anni prima, da un giurista che scriveva esattamente sotto la vigenza del regime fascista. Il riferimento è a F. ALIMENA, *Se l'azione penale possa essere concepita come un'attività obbligatoria dello Stato*, in *Riv. Pen.*, 1928, 509: «...è inconcepibile che in uno Stato moderno, bene ordinato, non si promuova la persecuzione dei reati o, quel che è peggio, che tale persecuzione sia subordinata ad arbitri e ad ingiustizie politiche. Comunque, se in un paese il malcostume politico e la corruzione pubblica sono arrivati a tal punto da rendere tutto quello possibile, invano si attenderebbero garanzie dall'applicazione del principio di legalità. In tal caso il principio di legalità equivarrebbe praticamente a quello di opportunità».

filo del genere sarebbe mistificante negare che il principio di obbligatorietà soffre difetti funzionali genetici, così come difetti causati, ancora una volta, dal suo ambito applicativo.

Nel primo senso, è stato spesso sottolineato da giuristi attenti alla vita reale degli istituti, come nell'attività del pubblico ministero finalizzata all'avvio del processo esistano momenti fisiologicamente improntati a valutazioni che non è possibile definire altrimenti se non discrezionali ⁽²⁷⁾: dalla selezione implicita nel considerare un dato fatto come corrispondente o meno ad una fattispecie di reato, alla selezione risultante dalla scelta di certi strumenti d'indagine piuttosto che altri, o alla medesima tempestività di quella scelta, la pratica quotidiana ci restituisce l'immagine di spazi alquanto ampi ceduti alla discrezionalità ⁽²⁸⁾.

Difetti genetici appunto, inevitabili per ogni istituto che vive nel reale e non solo sulla carta.

Più gravi e degne di attenta riflessione sono, invece, alcune falle aperte nel principio di obbligatorietà dalle sue attuali condizioni di esistenza o, per meglio dire, dal contesto in cui esso si trova immerso. Si tratta di rilievi tutt'altro che nuovi. Le odierne società industrializzate – e il riferimento è generale perché si tratta di un fenomeno decisamente non tipico del contesto italiano – si caratterizzano per una diffusione della criminalità che è fonte di amaro stupore solo per chi non

⁽²⁷⁾ L'aggettivo "discrezionale" viene adottato in adeguamento alla terminologia comunemente adoperata per descrivere i fenomeni di cui sopra. Come si avrà modo, però, di mettere in rilievo nel proseguo dell'indagine (v., *infra*, Cap. III, § 6) l'uso della parola, a proposito dell'attività svolta dal pubblico ministero nella fase di scelta tra azione e inazione, è ambiguo e foriero di possibili fraintendimenti.

⁽²⁸⁾ Cfr., in tal senso, G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, cit., p. 54, che sottolinea come, in particolare, «quanto più la norma incriminatrice contenga elementi elastici che si riconnettono ad esempio a valutazioni di costume o comunque metagiuridiche (basta pensare ai concetti di osceno, di offesa all'onore o al decoro), ovvero è suscettibile di differenti interpretazioni tecnico-giuridiche, tanto più assumeranno rilievo le scelte discrezionali del pubblico ministero, nel senso che l'obbligo di esercitare l'azione penale scatterà solo quando abbia ritenuto di trovarsi in presenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice». Sull'argomento v. inoltre il recente lavoro di M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2658; nonché, O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 409; G. UBERTIS, voce *Azione penale*, cit., p. 4. Per analoghe considerazioni nella dottrina tedesca v. F. AMBS, *Das Legalitätsprinzip auf dem Prüfstand der Rechtswirklichkeit, insbesondere im Bereich der Umweltkriminalität*, in *Gedächtnisschrift für K.H. Meyer*, cit., p. 7; e, soprattutto, P. RIESS, *Die Zukunft des Legalitätsprinzips*, cit., 4.

consideri come, da un lato, lo stesso esponenziale aumento della popolazione mondiale e, dall'altro, le sue condizioni sociologiche di esistenza (concentrazione urbana, insufficienza delle risorse, "migrazioni" etniche etc.) rendano inevitabile un proporzionato incremento dei fenomeni di devianza sociale.

Questa constatazione, in una con la scontata incapacità dello Stato di fornire risorse – umane e non – sufficienti ad assicurare l'ordinato prosieguo della convivenza, ovvero a tutelare la società dal crimine, fornisce in maniera eloquente giustificazione ai rilievi di quanti notano come *di fatto* il principio di obbligatorietà riceva un ossequio meramente formale, pagato con l'ovvio «accantonamento di casi ritenuti non prioritari sul binario ... della prescrizione» ⁽²⁹⁾.

Ma il fenomeno del fattuale insinuarsi dell'opportunità negli spazi lasciati vuoti dal principio opposto, non si manifesta solo attraverso l'abbandono forzato delle pratiche al dimenticatoio degli anni: è dato che riguarda la fase di gestione della *notitia criminis* ad opera della polizia giudiziaria ⁽³⁰⁾, i criteri che presiedono all'archiviazione, il controllo esercitato dal giudice su di essa ⁽³¹⁾, l'andamento del processo

⁽²⁹⁾ Tali le parole con cui G. CONSO, *Introduzione alla riforma*, in *Pubblico Ministero e accusa penale*, cit., p. XI, mette in rilievo la realtà di una situazione in cui «ad essere "obbligato", anche a causa della carenza di mezzi, non è tanto l'esercizio dell'azione penale, quanto il compimento di scelte prioritarie»; sull'argomento v. pure gli attenti rilievi di M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2667.

⁽³⁰⁾ Su cui v. M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 91; Id., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2661; F. CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1059; G. FUMU, *L'attività pre-procedimentale del pubblico ministero*, in *Accusa penale*, cit., p. 135; A. MIELE, *Sommarie indagini sul pubblico ministero*, cit., 66; G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, cit., p. 53.

⁽³¹⁾ In particolare sotto il profilo della discrezionalità comunque insita nella valutazione del pubblico ministero, prima, e del giudice, poi. Cfr., G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero*, cit., p. 169; A. MIELE, *Sommarie indagini*, cit., 67; G. TURONE, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. Giust.*, 1991, 898. In senso critico nei confronti della prospettiva in discorso v. G. SALVI, *L'esercizio dell'azione penale in concreto, le indagini preliminari, il p.m., ivi*, 1991, 879. «L'estesa depenalizzazione, la diffusione di forme di giurisdizione minore», quali obiettivi da perseguire a scopo di alleggerimento del carico della giustizia penale (v., in tal senso, G. SALVI, *L'esercizio dell'azione penale*, cit., 887) sono i "cavalli di battaglia" frequentemente addotti da chi avver- sa l'ipotesi di una "correzione" del principio di cui all'art. 112 Cost. Così argomen-

una volta avviato ⁽³²⁾, come pure il momento applicativo della pena, sostituita da misure sospensive condizionali e l'attività amnistiante dei parlamenti, entrambi epifenomeni di un processo di "fuga dalla sanzione" ⁽³³⁾ che altro non è se non il sintomo dell'incapacità dello Stato al controllo globale del crimine.

Dilungarsi ulteriormente sul profilo della mancata attuabilità concreta di un principio che pretende l'attivazione automatica degli organi dell'accusa dinanzi ad *ogni* notizia di reato, sarebbe superfluo, visto e considerato che ammonimenti e rilievi in tal senso si moltiplicano in seno ad una dottrina attenta ormai da tempo al fenomeno descritto ⁽³⁴⁾.

tando, però, spesso si dimentica che la "giustizia" non si amministra solo attraverso il procedimento penale e che, tanto il processo civile, quanto quello amministrativo – verso cui confluirebbero le fattispecie sottratte alla cognizione del giudice penale – sono ugualmente oberati e "inadempienti" nei confronti delle richieste di giustizia provenienti dal cittadino.

⁽³²⁾ Sul tema V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 10, rileva come la discrezionalità s'insinui con ampiezza in campi diversi dalla fase istruttoria affidata al pubblico ministero «... le stesse possibilità (ed anche necessità) di scegliere modi e tempi dei processi penali sono presenti nella fase della istruzione formale, nel giudizio di primo grado, nel giudizio di appello, nel giudizio di cassazione. Anzi, man mano che il corso del procedimento avvicina la scadenza del termine finale di prescrizione del reato, è più facile che la fissazione del dibattimento di uno o di un altro procedimento, direttamente comporti quell'effetto estintivo del reato che più evidentemente contraddice lo scopo dell'azione penale».

⁽³³⁾ Sull'argomento v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 730 che sottolinea come tanto i classici provvedimenti di clemenza (amnistia, indulto, grazia), quanto misure come la sospensione condizionale della pena, ormai applicata automaticamente, senza alcun controllo effettivo circa la sussistenza dei presupposti di legge, si risolvono in un «mero atto di rinuncia alla punizione, senza avere, da un lato, alcuna componente punitiva e senza essere, dall'altro, precedute da un esame competente della personalità del soggetto... rivelandosi di scarsissimo valore emendativo, quando non anche degli autentici fattori criminogeni... L'abnorme "fuga dalla sanzione" attraverso i clemenzialismi legislativi, gli indulgenzialismi giudiziari e i lunghi tempi della giustizia, ha portato il sistema ad autocorreggersi in modo abnorme, trasformando la carcerazione preventiva in strumento di punizione anticipata e di diretto e autonomo controllo sociale. In una spirale senza fine che – come il mitico Saturno – si autoalimenta e si autodivora, poiché l'abnormità e la patologia giuridica generano altra abnormità e patologia».

⁽³⁴⁾ Cfr. in tal senso, e senza pretese di completezza, F.S. BORRELLI, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, cit., p. 6 (del dattiloscritto); B. CARAVITA, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del*

Se quelli sopra evidenziati sono difetti strettamente dipendenti dal contesto ambientale in cui il principio di obbligatorietà trova applicazione, non sarebbe, forse, lontano dal vero chi pensasse che il canone in discorso risulta funzionalmente congruo rispetto ad un ambito sociologico irrintracciabile nelle società moderne.

È opportuno, però, anche aggiungere come un ordinamento giuridico che – al pari del nostro – recepisca la regola dell'obbligatorietà nonostante il contesto applicativo sia quello sopra descritto, si espone a guasti peggiori della sola fattuale disapplicazione del principio: il progressivo espandersi di comportamenti discrezionali finisce col corrispondere ad una prassi sommersa in quanto ufficialmente illegale e quindi incontrollabile come tutti i fenomeni che vivono nonostante e al di là delle norme. Il che significa che il principio di obbligatorietà, adottato con l'intento di rendere trasparente il comportamento degli organi dello Stato al momento dell'esercizio dell'azione penale, si trasforma, nella realtà delle cose, in uno schermo mistificante, uno scenario da teatro, alle cui spalle gli attori cambiano travestimento e maschera senza che il pubblico noti alcunché ⁽³⁵⁾.

pubblico ministero: profili costituzionali, in *Accusa penale*, cit., p. 297; M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale*, cit., 103; ID., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., *passim*; G. CONSO, *Introduzione alla riforma*, cit., p. XVI; F. CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1059; G. FALCONE, *Evoluzione del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *il giusto processo*, 1990, 164; A. GHIARA, *Partecipazione popolare all'esercizio dell'azione penale*, in *Giust. Pen.*, 1982, 255; U. NANNUCCI, *Analisi dei flussi delle notizie di reato in relazione all'obbligatorietà e facoltatività dell'azione penale*, in *Cass. Pen.*, 1991, 1668; G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, cit., p. 52; ID., *Obbligatorietà dell'azione penale: tempi e metodi, costi e benefici*, in *Il pubblico ministero oggi*, cit., p. 4 (del dattiloscritto); A. MIELE, *Sommarie indagini sul pubblico ministero*, cit., p. 75, n. 2; M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico costituzionale*, cit., p. 89; A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento tra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, cit., p. 30; G. RICCIO, *Il nuovo pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 18; ID., *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. Pen.*, 1992, 373; G. UBERTIS, *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. Pen.*, 1991, 1891; C. VITALONE, *La funzione d'accusa tra obbligatorietà e discrezionalità*, in *Accusa penale*, cit., p. 291; V. ZAGREBELSKY, *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata*, cit., 3183. Ma v. pure, già, C. CIVOLI, *Procedura penale*, cit., p. 51.

⁽³⁵⁾ Cfr. A. GAITO e C. FIORIO, «*Superprocura*» ed indipendenza del pubblico ministero, in *Crit. Pen.*, 1993, fasc. 3, n. 21. Un'obiezione analoga è portata da O. DOMINIONI, *Per un collegamento tra ministro della giustizia e pubblico ministero*, cit., p. 67,

Sin qui si è parlato del principio di obbligatorietà considerandone il valore ideologico e le capacità funzionali: è stato un discorso condotto in astratto, ovvero nell'ottica unilaterale della Costituzione. In realtà il contenuto effettivo del principio, quale carattere generalissimo dell'azione penale, può essere compreso solo considerando le norme di comportamento che il codice dedica all'azione, in particolare nel suo rapporto con l'archiviazione. Solo il riferimento a queste norme consente di attribuire un contenuto concreto all'obbligo di agire: in sostanza e paradossalmente, il rapporto tra principio di obbligatorietà e azione penale è un rapporto di caratterizzazione biunivoca. Di ulteriori profili applicativi dell'art. 112 Cost. dovrà parlarsi, perciò, nelle pagine dedicate all'analisi delle norme codicistiche in tema di "non esercizio" dell'azione penale.

4. *Pubblicità*

«Nelle legislazioni nelle quali, come nella nostra, l'esercizio dell'azione penale è affidato a pubblici funzionari che rappresentano l'intera società nella persecuzione dei malfattori, l'azione penale, oltretutto dal suo oggetto, riceve il suo carattere di *pubblicità* dalla qualità di chi l'esercita. Ma quando anche da questa considerazione soggettiva si prescindere, quando anche si ammetta che cotesta azione possa essere liberamente esercitata pure da privati cittadini, non si può mai escludere dall'azione penale il carattere oggettivo della pubblicità, che le è conferito dall'interesse pubblico della repressione al quale provvede. La scoperta, la convinzione e la punizione dei delinquenti non rappresentano uno sfogo di private passioni» ⁽³⁶⁾.

a proposito, però, dell'indipendenza del pubblico ministero, la quale, a detta dell'autore, «... lungi dal giovare alla correttezza del suo ruolo si presta – come si è prestata – ad una clamorosa mistificazione della politica di persecuzione penale, facendola apparire come espressione di scelte oggettive, operate "super partes", nell'asetticità di neutrali parametri di legge, quando invece costituisce lo sviluppo, nel microcosmo delle relazioni tra singoli e autorità, del programma che le forze egemoni si danno in una determinata fase di gestione della società».

⁽³⁶⁾ L. MASUCCI, *L'azione penale*, cit., p. 106. In senso analogo e con eguale chiarezza espositiva v. pure U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, I, Milano,

Sono parole che esprimono in maniera paradigmatica una concezione tradizionale per la dottrina: l'azione penale è pubblica in quanto le norme attribuiscono ad un soggetto pubblico il relativo potere, ma la pubblicità è anche caratteristica genetica, derivante dalla natura dell'interesse realizzato grazie all'intervento della giurisdizione, ovvero il collettivo interesse alla repressione del reato.

Si tratta – è opportuno sottolinearlo ancora – di un'impostazione tradizionale, criticata da quanti evidenziano l'inutilità interpretativa dell'attributo in questione ⁽³⁷⁾, ma pure da chi ne rinnega solo il valore qualificatorio *oggettivo*, sottolineando, come, invece, dal punto di vista *soggettivo*, la pubblicità, quale carattere dell'azione penale, serva concretamente a delimitarne in senso esclusivo la titolarità attribuita al pubblico ministero ⁽³⁸⁾.

Nel primo orientamento, la scarsa attitudine definitoria del predicato appare la conseguenza della sua incompletezza, contenendo esso un rinvio implicito a norme ulteriori che determinino i titolari effettivi del potere di azione.

Il secondo orientamento, viceversa, sottolinea come la pubblicità sia carattere indispensabile laddove lo si consideri nella sua attitudine ulteriormente qualificativa del dettato costituzionale; l'art. 112 Cost., infatti, collega l'obbligo d'esercitare l'azione penale al pubblico ministero, ma non specifica se esistano o possano esistere, in un futuro normativo astrattamente concepibile, altri soggetti legittimati al promovimento di quell'attività configurata come doverosa per il magistrato inquirente ⁽³⁹⁾. Una norma ordinaria che definisca "pubblica" l'azione pe-

1932, p. 11; F. BENEVOLO, voce *Azione penale*, in *Dig. it.*, vol. IV, parte II, Torino, 1926, p. 917; J. BONFANTI, *Della istruzione*, cit., p. 11; T. BRIGANTI, *Pratica criminale*, cit., I, p. 103, n. 1; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, cit., p. 87; M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa*, cit., vol. I, parte II, p. 14; F. SALUTO, *Commento*, cit., I, p. 61; nella dottrina moderna si rintraccia tale affermazione in G. UBERTIS, voce *Azione penale*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 6.

⁽³⁷⁾ Cfr. O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 406.

⁽³⁸⁾ Così P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, Milano, 1966, p. 88.

⁽³⁹⁾ Cfr., in tal senso, M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale*, cit., 94, a detta del quale, la creazione di forme di titolarità dell'azione penale in capo a soggetti diversi dal pubblico ministero risulterebbe consentita al legislatore ordinario, nella misura in cui esse non si trasformino in ostacoli all'esercizio del *munus* affidato nelle mani dell'organo pubblico; quindi «ammissibile rimane soltanto l'even-

nale, avrebbe appunto la funzione di circoscrivere la sfera dei potenziali legittimati.

Il carattere della pubblicità sarebbe, invece, assolutamente privo di utilità interpretativa laddove lo si adoperasse per definire in senso oggettivo l'attività d'impulso della giurisdizione, con riferimento alla natura dell'interesse tutelato per suo mezzo, ossia l'interesse alla repressione dei reati. La concreta esistenza di ordinamenti che aprano spazi d'azione più o meno ampi ad istanze "repressive" del privato o della collettività offesa lascia supporre che l'interesse alla persecuzione dei reati sia "pubblico" in senso oggettivo solo nella misura in cui la norma lo configura tale ⁽⁴⁰⁾.

Il legislatore del codice 1989 sembra voler aderire agli orientamenti dottrinali ora citati; mentre, infatti, l'art. 1 c.p.p. 1930 statuiva che «l'azione penale è pubblica», il codice attualmente vigente non contiene menzione dell'attributo-pubblicità, limitandosi a replicare, all'art. 50, 1° comma, quell'affidamento dell'azione al pubblico ministero già operato dalla Costituzione. Tale affidamento è configurato come esclusivo dall'art. 231 disp. coord. c.p.p., che, senza far cenno alcuno ad un carattere pubblico dell'azione, dichiara apertamente abrogate tutte

tuale creazione di contraltari alle inerzie del pubblico ministero, mentre resta inibito al legislatore ordinario di configurare come esclusiva la titolarità dell'azione penale, che il medesimo legislatore volesse ipoteticamente attribuire ad altri». Sull'argomento, e in senso conforme, v. pure E. BASSO, *Richiesta di procedimento, principio di uguaglianza e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Giur. Cost.*, 1990, 833; O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 406; G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, cit., p. 51; SPAGNA MUSSO, *Potere di promovimento dell'azione penale da parte dell'ingegnere capo del genio civile e art. 112 cost.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1963, 675. *Contra* G. CONSO, *Introduzione alla riforma*, cit., p. XVIII; Gius. SABATINI, *Principi costituzionali del processo penale*, cit., p. 27.

⁽⁴⁰⁾ V. P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 88. È curioso come più di un secolo prima dell'autore ora citato vi era chi esprimeva con analogo vigore, un simile ammonimento: «Né dicasi che l'azione penale è sempre pubblica, e che ella non può essere messa in moto senza l'organo del pubblico accusatore. Qui siamo alla solita posizione fattizia e artificiosa delle *parole* che fanno guerra alle *idee*. La formula che l'azione penale è sempre pubblica è di creazione moderna. È una conseguenza del monopolio che si volle dare al Pubblico Ministero. Il monopolio creò quella formula; ed oggi con la formula si vorrebbe difendere il monopolio. Circolo vizioso, che è la solita conseguenza delle errate definizioni sempre funeste alle verità sostanziali. Si risalga ai principi.». Così F. CARRARA, *Azione penale*, cit., 15.

quelle norme, ovunque contenute, che prevedessero il suo esercizio in capo ad organi diversi dal pubblico ministero.

Nel nuovo codice, insomma, il monopolio del magistrato inquirente non subisce eccezioni né ad opera di altri soggetti pubblici – come accadeva sotto la vigenza del codice 1930 con la titolarità attribuita al pretore ⁽⁴¹⁾ – né ad opera di collettività o singoli privati, cui leggi extravaganti conferivano un potere d'azione in materia di reati elettorali e frodi alimentari ⁽⁴²⁾.

In sostanza, dunque, il sistema attuale, complessivamente risultante dal collegamento costituzionale tra obbligo di agire e organo dell'accusa, nonché dal citato art. 231 disp. coord. c.p.p., configurante come esclusivo il potere-dovere d'azione in capo al pubblico ministero, traduce in effettiva realtà normativa quell'attributo della pubblicità che, peraltro, non compare mai, forse allo scopo di evitare sintesi semantiche troppo facilmente assolutizzabili.

Se così è, l'intento potrebbe rivelarsi non solo lodevole, ma anche proficuo, laddove si voglia, in un futuro possibile, provvedere a dar spazio a quelle istanze – per lo più collettive o diffuse, ma anche individuali e, comunque, “private” – attualmente sottese alla “voce statutale” del pubblico ministero che agisca in repressione dei reati. Dimenticare il binomio “pubblicità-azione penale” – quasi un'endiadi nella tradizione dottrinale nostrana – può appunto facilitare il compito ad un

⁽⁴¹⁾ V. O. DOMINIONI, *Art. 50*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. 294. L'autore mette in evidenza come il monopolio attuale del pubblico ministero in tema di esercizio dell'azione penale non sia scalfito neppure dal disaccordo del giudice per le indagini preliminari con la richiesta di archiviazione, tradotto in “imputazione coatta” (art. 409, 4° comma, c.p.p.), mentre, sotto il vecchio codice, l'istruzione formale decisa dal G.I. in disaccordo col pubblico ministero archiviante si traduceva in una deroga del nominato monopolio. In tal senso v. pure G.P. VOENA, *Art. 231*, in *Commentario*, cit., *Appendice*, 1990, p. 183.

⁽⁴²⁾ Si tratta, rispettivamente, dell'art. 46 R.D.L. 15 ottobre 1925, n. 2033, e dell'art. 100 D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570. A detta, però, di F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 379, l'ipotesi di azione popolare in materia elettorale sopravvive all'art. 231 disp. coord. c.p.p., dato che la norma in discorso abroga quelle disposizioni che prevedano forme di azione penale in capo ad “organi” diversi dal pubblico ministero... e l'elettore non è un organo! Sull'argomento v. però anche le considerazioni di G.P. VOENA, *Art. 231*, cit., p. 189.

futuro legislatore intenzionato a creare forme di azione concorrente o sussidiaria di carattere privato.

Naturalmente è pure possibile dire che l'attributo della pubblicità non andrebbe perso neppure qualora il legislatore costruisse, accanto al potere-dovere d'azione del pubblico ministero, anche un potere d'azione consegnato nelle mani del privato – *uti civis* o persona offesa – in quanto carattere dipendente dalla natura appunto pubblica dell'interesse perseguito mediante promovimento della *iurisdictio* penale. L'obiezione si espone, però, ad un duplice rilievo: anzitutto essa si basa su una qualificazione contenutistica ed oggettiva dell'azione penale, ontologizzata dalla dottrina quale carattere immanente, mentre è possibile – è, anzi, già accaduto nel corso della storia e tutt'ora accade in sistemi penali diversi dal nostro – che un dato ordinamento consideri la repressione di un certo tipo di reato integralmente consegnabile all'attività optativa del singolo. Dove lo Stato si disinteressi della materia, non considerandola più *munus publicum* neppure in via sussidiaria o concorrente, l'azione penale cessa – è chiaro – di essere pubblica, in senso contenutistico e oggettivo, come in senso soggettivo. È vero, semmai, che, qualora il legislatore, creasse forme di azione privata concorrente o sussidiaria rispetto a quella dell'organo inquirente, la pubblicità continuerebbe sì a caratterizzare l'azione penale, ma perché un soggetto pubblico continuerebbe ad essere coinvolto nella gestione della *notitia criminis*.

In realtà l'attributo-pubblicità, considerato come carattere contenutistico-immanente dell'azione penale, risponde al bisogno profondo di cancellare dal mondo delle possibili realtà giuridiche, il concetto di interesse individuale alla repressione del reato ⁽⁴³⁾, cancellare cioè anche il mero sospetto che l'azione penale – o alcune forme di essa – possa servire ad introdurre nel processo l'interesse dell'offeso, oppure di collettività più o meno estese, direttamente o indirettamente colpite dal reato. Che un simile interesse *di fatto* esista non è possibile dubita-

⁽⁴³⁾ L'argomento dell'interesse repressivo della vittima, considerato come realtà ineliminabile da qualsiasi processo per qualsiasi reato (a prescindere ovviamente dai c.d. reati senza vittime) ha occupato e tuttora occupa un posto notevole nell'universo dottrinario tedesco, fortemente propenso a considerare la possibilità di riconoscere e, quindi, tutelare in capo alla persona offesa il cd. *Vergeltungsbedürfnis*, il bisogno di "vendetta", inteso come pressione psicologica sociale di cui è inevitabile tener conto. Sul tema v. Cap. III, §§ 7-10.

re: ne sono testimonianza le forme che esso assume per farsi spazio all'interno di un processo che a tutt'oggi non prevede ⁽⁴⁴⁾ spazi simili; forme spesso trascinate al di là dei propri limiti genetici ⁽⁴⁵⁾, e, per lo più, scarsamente funzionali rispetto allo scopo, come la costituzione di parte civile effettuata per coadiuvare l'opera dibattimentale di pubblici ministeri poco combattivi o presunti tali.

La creazione di ipotesi d'azione privata individuale o collettiva potrebbe trasformare, almeno per la categoria di reati interessata dal mutamento, quell'interesse di fatto in un diritto riconosciuto dalla legge, dando così sfogo ad istanze partecipative assai pressanti e, contemporaneamente, sfoltendo in parte il carico delle procure ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Benché ci si potesse aspettare qualche impostazione "nuova" in argomento da parte del legislatore del nuovo codice. Del resto è stato giustamente sottolineato che «la stessa legge-delega – nonostante le sue aperture al riconoscimento di un ruolo processuale agli "enti esponenziali" ed alla valorizzazione di certe possibili iniziative dell'offeso *uti singulus* – evitava, però, di lasciare spazi per la costruzione di vere e proprie titolarità di "azioni penali private" facenti capo a soggetti diversi dal pubblico ministero»; così M. CHIAVARIO, *Parti e difensori nel primo libro del codice*, in *Legisl. Pen.*, 1989, 401; d'altro canto, nell'impostazione abbastanza tradizionalista scelta dal nuovo codice in tema di *spatium agendi* per istanze private nel processo penale, ha avuto sicuramente un ruolo decisivo l'idea che, particolarmente in un processo autoproponentesi come "accusatorio", il delicato equilibrio tra accusa e difesa non poteva agevolmente subire l'alterazione derivante dal moltiplicarsi di «soggetti che agiscono accanto al p.m.». Così E. AMODIO, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Commentario del nuovo codice*, cit., I, p. 437. Sull'argomento v. pure P. CORSO, *Azione civile e processo penale*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 261; G. GIANNINI, *L'azione civile per il risarcimento del danno ed il nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990, p. 69; G. UBERTIS, *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà*, cit., 1893. Per una prospettiva ampia dell'argomento v. G. BARONE, *Enti collettivi e processo penale: dalla costituzione di parte civile all'accusa privata*, Padova, 1989; A. GHIARA, *Partecipazione popolare*, cit., 255; A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971; G. UBERTIS, *Azione penale e sovranità popolare*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1975, 1191.

⁽⁴⁵⁾ Fenomeno assai risalente. Ad esempio, E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, p. 238, più di sessant'anni fa, notava: «la funzione che dovrebbe spettare alla parte civile non viene, in pratica, rispettata... la parte civile è palesemente alleata del p.m. nell'esercizio dell'azione penale; la sua attività invade ogni angolo del processo, s'insinua in tutte le questioni le più delicatamente penali, talora ergendosi, in nome degli interessi particolari, più rigorosa e dura del p.m... Cotesto quotidiano straripamento denuncia i vizi organici dell'istituto, che in realtà ammette l'intervento del privato nell'amministrazione della giustizia penale».

⁽⁴⁶⁾ Sull'argomento v., già, F. PUGLIA, *Istituzioni di procedura penale*, cit., p. 41 e ss.

5. *Officialità*

Ai sensi dell'art. 50, 2° comma, c.p.p. «quando non è necessaria la querela, la richiesta, l'istanza o l'autorizzazione a procedere, l'azione penale è esercitata d'ufficio». Con questa formula – sostanzialmente analoga a quella adoperata dall'art. 1 c.p.p. 1930 – la norma codifica il cosiddetto principio di officialità dell'azione penale, opponendosi ad un consistente orientamento dottrinario incline alla sua svalutazione, quando non al suo sostanziale assorbimento nel carattere della pubblicità ⁽⁴⁷⁾.

A ben vedere, il principio che il pubblico ministero debba esercitare l'azione penale senza attendere, di regola, l'intervento di impulsi esterni, ha una propria precisa ragion d'essere, che lo distingue dal canone della pubblicità, come pure da quello dell'obbligatorietà, laddove si rifletta come sia perfettamente immaginabile l'esistenza di un organo pubblico, monopolista dell'azione penale e obbligato al suo esercizio, ma solo dietro impulso di determinati soggetti indicati dalla legge.

In altre parole, nulla si oppone, dal punto di vista teorico, ad un sistema processuale penale che concepisca l'azione come atto pubblico e obbligatorio e, purtuttavia, subordinato, quanto al suo compiersi, all'intervento di determinate condizioni di procedibilità.

L'art. 50, 3° comma, c.p.p. possiede, dunque, la precisa funzione di chiarire una volta per tutte il rapporto intercorrente, allo stato attuale della legislazione, tra intervento officioso del pubblico ministero e con-

⁽⁴⁷⁾ Per quest'ultimo orientamento v., ad esempio, con particolare chiarezza, U. ALOISI, *Manuale pratico*, cit., p. 11, sottolineando come «officialità dell'azione penale equivale ad accusa di Stato; la detta azione compete, infatti, esclusivamente allo Stato, il quale, in siffatta guisa, può attuare quella pretesa punitiva che sorge dalla violazione della legge penale»; in senso analogo v. pure G. ALLEGRA, *Azione e sentenza*, Torino, 1930, p. 36; L. BORSARI, *Della azione penale*, Torino, 1866, p. 210; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 3^a ed., 1955, p. 70; A.D. TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, Padova, 1931, p. 26. Palesemente indirizzata a dimostrare l'assoluta inutilità dogmatica e interpretativa del principio di officialità è, poi, la posizione del DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 90, che mette in evidenza come «se l'art. 112 Cost. parla di obbligo dell'azione per il p.m. e se l'art. 1 prima parte ribadisce questa titolarità come esclusiva, che bisogno c'è, nell'economia della legge, di specificare che il p.m. deve iniziare l'azione da solo, di sua iniziativa...?».

dizioni di procedibilità, confermato quale rapporto tra regola ed eccezione, al pari di quanto avveniva sotto la vigenza del codice abrogato ⁽⁴⁸⁾. Ma possiede pure la capacità di legittimare l'esistenza di un istituto – le condizioni di procedibilità medesime – che, in mancanza di espresso *dictum* normativo, sarebbe risultato inevitabilmente incompatibile col principio di officialità.

Questa percezione del principio, quale strumento idoneo a chiarire il ruolo spettante alle condizioni di procedibilità nel dato sistema processuale, emerge particolarmente chiara in quei contributi dottrinali che hanno avvertito – sin da tempi assai risalenti e talora con timore, altre volte con soddisfazione – l'importanza delle condizioni *de quo*, in quanto istituti recettivi di istanze politiche e sociali variamente configurate ⁽⁴⁹⁾.

Per quanti, infatti, miravano ad assolutizzare il dominio statale nel settore della repressione del reato, le condizioni di procedibilità – sintetizzate, nel mito negativo della querela – rappresentavano il simbolo

⁽⁴⁸⁾ Chiaramente in tal senso O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 411; G. GUARNERI, voce *Azione penale (diritto processuale penale)*, in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1968, p. 69; G. LEONE, voce *Azione penale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 855. In senso parzialmente diverso, v. G. UBERTIS, voce *Azione penale*, cit., p. 6, il quale, pur senza negare validità all'orientamento in discorso, legge nel principio di officialità pure un significato ulteriore e più importante, ossia l'idea che il pubblico ministero, nell'esercitare l'azione penale adempie ad una propria, doverosa funzione, al suo *officium*.

⁽⁴⁹⁾ Sull'argomento "condizioni di procedibilità", in generale, e sulla querela – la più importante tra esse – in particolare, v. G. BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958; C. BOVIO, *Appunti sulla querela nel nuovo processo penale*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1990, 301; Al. CANDIAN, *La querela*, Milano, 1953; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 169; U. DINACCI, voce *Querela*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 39; O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura*, cit., p. 101; A. GAITO, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 804; ID., voce *Querela, Richiesta, Istanza*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 1; R. ORLANDI, voce *Condizioni di procedibilità*, *ivi*, VII, 1988, p. 1; ID., *Artt. 336-346*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, IV, Torino, 1990, p. 61; A. SANTORO, voce *Querela*, in *Novissimo Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 641; M. VIARO, voce *Procedibilità (condizioni di)*, *ivi*, XIII, 1966, p. 1001. Per un recentissimo contributo sull'argomento, denso di spunti di riflessione, v. ampiamente F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993.

di retrive istanze di privatizzazione del processo penale ⁽⁵⁰⁾ o, ancor più, una comoda strada d'accesso per ingerenze indebite nell'"*opus persecutorium*" del pubblico ministero ⁽⁵¹⁾.

Altra parte della dottrina, al contrario, vedeva – e vede ancora – nelle condizioni di procedibilità lo strumento adatto a dare cittadinanza nel processo penale ad esigenze meritevoli di tutela, come pure a risolvere, sia pure in modo parziale, un bisogno di deflazione della giustizia oramai non più aggirabile ⁽⁵²⁾.

A ben considerare, l'orientamento in parola è caratterizzato da un pragmatismo – un'elasticità concettuale, potremmo dire – di cui il primo appare evidentemente sprovvisto. Non si può non condividere il parere di chi nota che «il favore con cui la dottrina meno recente guar-

⁽⁵⁰⁾ Per questa opinione v., ad esempio, E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale* cit., p. 189; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 3^a ed., 1939, p. 601.

⁽⁵¹⁾ Particolarmente significativa, in tal senso, è la critica sviluppata, contro la querela, dal FERRI, *Sociologia criminale*, II, Torino, 5^a ed., 1930, p. 325. Per l'autore l'opposizione verso l'istituto deriva non già da un dogmatico trincerarsi dietro l'idea della assoluta statualità della pretesa punitiva, quanto piuttosto dal timore di aprire una pericolosa breccia nel principio di legalità, lasciando spazio a quell'*arbitrium principis* e alle connesse disuguaglianze in materia di persecuzione penale di cui non s'era ancora persa la memoria. Tant'è vero questo che il FERRI, in particolare, non mostrava la menoma avversione verso l'istituto della "citazione diretta" che, a ben vedere, consentiva ben più della querela l'ingresso di privati interessi nel processo penale (per queste e ulteriori considerazioni sull'argomento v. la citata opera di F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., p. 75). Il timore che le condizioni di procedibilità – questa volta con precipua considerazione per quelle «al cui perfezionamento sia... essenziale il concorso di volontà dei titolari di pubblici poteri» – possano costituire veicoli d'immissione nel processo di moderne forme di *arbitrium principis* v. M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale*, cit., 97; nonché, dello stesso autore, il recentissimo contributo *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2668.

⁽⁵²⁾ Così, U. DINACCI, voce *Querela*, cit., p. 39; A. GAITO, voce *Procedibilità*, cit., p. 805; F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale*, cit., *passim*; G. NEPPI MODONA, *Art. 112 Cost.*, cit., p. 49; M. NOBILI, *La disciplina costituzionale del processo*, Bologna, 1976, p. 210; R. ORLANDI, voce *Procedibilità*, cit., p. 1; ma v. pure chiaramente in tal senso già V. ASCHETTINO, *Del concorso della parte lesa*, cit., 14; J. BONFANTI, *Istruzione de' processi criminali in Toscana*, cit., p. 32; S. RANIERI, *Azione penale. Contributo alla teoria dell'azione nel diritto processuale penale*, Milano, 1928, p. 105. Anche M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2668, pur rimanendo in un ottica di estrema cautela nei confronti delle condizioni di procedibilità, ammette la loro capacità d'inserire nel processo penale momenti valutativi d'interessi meritevoli di tutela.

dava all'effettiva punizione di tutto il punibile come ad una implicazione del *nullum crimen sine lege*, prima ancora che da possibili patologie processuali collegate all'ipertrofia penalistica, è contrastato oggi dal diritto positivo e dagli istituti che consentono la non punibilità di fatti penalmente illeciti» negando, conseguentemente, la coerenza intrinseca di orientamenti protesi a recepire tutt'ora l'inderogabilità della sanzione come canone assoluto del diritto penale ⁽⁵³⁾.

Insomma, le condizioni di procedibilità consentono d'interporre tra la valutazione d'illiceità effettuata una volta per tutte dalla norma penale e l'intervento effettivo della *iurisdictio*, provocata dal pubblico ministero, un filtro che adegui la fattispecie tipica alla natura multiforme del reale, filtro costituito, di volta in volta, dalla personale *opinio* del privato-persona offesa (nella querela e nell'istanza) o da valutazioni di carattere politico compiute ad opera di organi istituzionali (come nella richiesta o nell'autorizzazione a procedere) ⁽⁵⁴⁾.

In particolare, la querela, per la sua natura di "contenitore" neutro, si è prestata in passato e si presta tutt'ora ad esprimere esigenze di condizionamento nei confronti della procedibilità automatica, assai ricche di sfumature. Così, accanto al «nucleo storico» dei delitti contro la libertà sessuale, in cui la querela vale a manifestare l'eventuale volontà della vittima di non subire il cosiddetto *strepitus fori* ⁽⁵⁵⁾, esiste una serie differenziata di figure criminose rese perseguibili solo dietro impulso della persona offesa, in base all'idea che la valutazione di que-

⁽⁵³⁾ Così F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale*, cit., p. 96. In senso analogo v. pure U. DINACCI, voce *Querela*, cit., p. 43; G. VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 793.

⁽⁵⁴⁾ V. in tal senso G. NEPPI MODONA, *Art. 112 Cost.*, cit., p. 50. Querela, istanza, richiesta e autorizzazione a procedere sono le condizioni di procedibilità espressamente considerate come tali nel trattamento previsto per esse dal codice (artt. 336 e ss.). Ciò non implica, tuttavia, che non siano rintracciabili ulteriori ipotesi di procedibilità condizionata, come la dottrina ha già da tempo chiarito e come lo stesso codice prevede nel contesto dell'art. 345, 2° comma, c.p.p., ai sensi del quale la disciplina prevista dalla norma medesima si applica pure «quando il giudice accerta la mancanza di una condizione di procedibilità diversa da quelle indicate nel comma 1». Per una casistica dei casi dubbi o, comunque, non espressamente previsti dal codice di procedura penale v. A. GAITO, voce *Procedibilità*, cit., p. 812; R. ORLANDI, voce *Condizioni di procedibilità*, cit., p. 4.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto v. ampiamente G. BATTAGLINI, *La querela*, cit., p. 13; F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale*, cit., p. 5.

st'ultima circa l'opportunità di punire sia idonea ad integrare quella operata in astratto dal legislatore attraverso la fattispecie penale sostanziale.

Insomma, l'istituto della querela – soprattutto a seguito del notevole ampliamento nella sua area applicativa realizzato dalla L. 24 novembre 1981, n. 689 – è diventato “luogo legislativo” in cui si armonizzano esigenze deflattive e tutela dei beni giuridici protetti attraverso la fattispecie penale ⁽⁵⁶⁾. L'argomento necessiterebbe di ben altro approfondimento rispetto ai minimi accenni consentiti dalla specificità di questa sede. È importante, però, notare almeno come la querela sia istituto di carattere dichiaratamente processuale ⁽⁵⁷⁾, epperò in grado, allo stesso tempo, di dar spazio ad esigenze sostanziali. Nella visuale della dottrina più recente, infatti, alla base della querela in funzione deflattiva ⁽⁵⁸⁾

⁽⁵⁶⁾ Contemperamento, peraltro, non perfettamente riuscito, a detta di voci dottrinali anche autorevoli, nel settore delle lesioni personali colpose gravi e gravissime, essendosi qui anteposta l'esigenza deflattiva rispetto a quella di punizione di fatti considerati *comunque* meritevoli di pena. V., in tal senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 240; F. GIUNTA, *Interessi privati*, cit., p. 68.

⁽⁵⁷⁾ Sulla natura processuale, e non sostanziale o “mista”, della querela e delle condizioni di procedibilità più in generale la dottrina è oramai sostanzialmente concorde. Cfr. in tal senso G. BATTAGLINI, *La querela*, cit., p. 142; AL. CANDIAN, *La querela*, cit., p. 38; G. CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 198; U. DINACCI, voce *Querela*, cit., p. 44; A. GAITO, voce *Procedibilità*, cit., p. 805; F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale*, cit., p. 112; R. ORLANDI, voce *Procedibilità*, cit., p. 1; A. SANTORO, voce *Procedibilità*, cit., p. 643. Per una accurata ricostruzione della relativa problematica, con particolare riferimento ai criteri atti a distinguere condizioni di procedibilità e condizioni di punibilità, nonché le une e le altre dai c.d. presupposti processuali v. ampiamente A. GAITO voce *Procedibilità*, cit., p. 805.

⁽⁵⁸⁾ Parliamo di querela in funzione deflattiva per riassumere in un'unica sintetica formula, le molteplici e variegate ipotesi di procedibilità a querela di parte previste nel sistema, in particolar modo dopo la citata riforma della L. n. 689 del 1981. Ben è stato sottolineato, infatti, come la logica della querela sia tutt'altro che unitaria: accanto ad ipotesi in cui la ragion d'essere dell'istituto vada ravvisata nell'opportunità di consentire alla vittima di evitare lo *strepitus fori* (tipicamente nei reati contro la libertà sessuale), esistono casi in cui la querela mira a permetterle proprio l'accesso ad una tutela processuale che altrimenti l'ordinamento negherebbe (così nei reati contro l'onore in cui l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato), e casi ulteriori – ossia, poi, la maggioranza – in cui la procedibilità a querela funge da selettore delle *notitiae criminis* per rimediare ad uno stato di sovraccarico della giustizia che è sotto gli occhi di tutti. Per la distinzione in discorso, con tutte le ulteriori occorrenti precisazioni v. F. GIUNTA, *Interessi privati*, cit., p. 4 e ss. È opportuno, peraltro, notare come quest'idea della querela come istituto basato su una logica, non unitaria, ma differenziata a seconda delle sue applicazioni, sia tutt'altro che diffusa. La dottrina tende, infatti, a ricondurre l'istituto ad una sola matrice, privatistica in passato e

risulta rintracciabile non il mero intento di lasciar spazio a valutazioni di carattere privatistico – di per sé potenzialmente confliggenti con la necessità di tutelare determinati beni giuridici anche al di là e contro la volontà del loro titolare – quanto piuttosto l'idea che l'istituto possa evitare la persecuzione di fatti certo penalmente illeciti, ma dotati, in concreto, di un'offensività così minimale da rendere incongrua o addirittura "ingiusta" la sanzione prevista ⁽⁵⁹⁾. In altre parole, attraverso la querela, l'azione penale dell'apposito organo pubblico viene consentita o bloccata non in base ad *arbitrarie* considerazioni del privato cittadino, bensì in base ad una valutazione di "offensività in concreto" operata dal medesimo soggetto, valutazione che viene, dunque, ad integrare la fattispecie sostanziale medesima.

L'argomento "condizioni di procedibilità" impone forse qualche ulteriore riflessione. Sinora si è trattato della relazionalità esistente tra le condizioni e il cosiddetto principio di officialità dell'azione penale, nesso inevitabile a causa dell'ovvio rapporto regola-eccezione che lega i due fenomeni. Le condizioni di procedibilità collidono, però, a detta di alcuni, anche con il canone espresso dall'art. 112 Cost. ⁽⁶⁰⁾, ossia con il principio in base al quale il pubblico ministero è sempre obbligato a perseguire penalmente la *notitia criminis* di cui venga a conoscenza. Il punto è, a ben vedere, come acutamente evidenziato anche da coloro

pubblicistica attualmente. Cfr. in tal senso, per tutti, U. DINACCI, voce *Querela*, cit., p. 41.

⁽⁵⁹⁾ In tal senso v. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale*, cit., p. 24 che precisa come «a giudizio del legislatore tali reati, mentre in astratto appaiono bisognosi di pena (essendo degno di tutela il bene su cui essi incidono), in concreto possono risultare non bisognosi di repressione (nonostante l'avvenuta lesione dell'interesse protetto). Ciò dipende dalla modesta gravità dei fatti incriminati, che pur senza giustificare una rinuncia di pena *tout court*, presentano un'oscillazione tale da consentire di sottrarre alla repressione penale taluni fatti conformi al tipo che si caratterizzano per un'offensività particolarmente contenuta». L'opinione in discorso trova un autorevole precedente nell'opera di L. BORSARI, *Della azione penale*, cit., p. 371, che sottolinea come «il diritto della querela non è punto la riproduzione della individualità vendicante se stessa nei fatti penali, né un ritorno, per quanto limitato, agli antichi sistemi... ma un apprezzamento della giustizia stessa in quanto è sociale, effettiva, e benefica nelle sue applicazioni; non vaga, astratta e sistematica».

⁽⁶⁰⁾ Si esprimono nel senso di una collisione col principio di obbligatorietà considerato "in astratto", M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2667; O. DOMINIONI, voce *Azione*, cit., p. 410; M. NOBILI, *La disciplina costituzionale*, cit., p. 208.

che si sono posti *in astratto* il problema della compatibilità tra i due istituti, che la norma costituzionale «descrive bensì un obbligo (di agire penalmente), ma evita di ricondurne *tout court* la fattispecie costitutiva alla semplice *notitia criminis*»⁽⁶¹⁾, mirando il legislatore costituente unicamente ad escludere che il sistema processuale penale potesse venir fondato sull'opposto principio di opportunità⁽⁶²⁾. Insomma, la norma costituzionale statuisce che il pubblico ministero ha l'obbligo di agire, lasciando al legislatore ordinario il compito di precisare le ipotesi cui l'obbligo risulterà connesso.

Il codice attualmente vigente ha descritto con notevole precisione le fattispecie in parola, come si avrà occasione di notare nelle pagine che seguono. Per il momento è sufficiente mettere in rilievo che, ai sensi dell'art. 345 c.p.p., nel caso in cui la procedibilità dell'azione risulti condizionata dalla presenza di un reato perseguibile solo a querela di parte – o di una delle figure analoghe previste dall'ordinamento – il corso della vicenda trova una fine anticipata, ad opera di provvedimenti terminativi differenziati a seconda della fase procedimentale in cui venga alla luce la mancanza della condizione di procedibilità: archiviazione, quindi, qualora il caso si verifichi durante le indagini preliminari (art. 411 c.p.p.), sentenza di non luogo a procedere, durante l'udienza preliminare (art. 425 c.p.p.), sentenza di non doversi procedere (art. 529 c.p.p.) nel corso del dibattimento. Insomma, coerentemente con le conclusioni della dottrina più accreditata sull'argomento⁽⁶³⁾, il codice

⁽⁶¹⁾ Così M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale*, cit., 96.

⁽⁶²⁾ Per questa opinione v. M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2668; A. GAITO, voce *Procedibilità*, cit., p. 814; F. GIUNTA, *Interessi privati*, cit., p. 112; G. TRANCHINA, *Autorizzazione a procedere e principi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1970, 85. La stessa Corte costituzionale, interrogata sulla questione, ha dato risposte sostanzialmente conformi all'orientamento in parola (cfr. ad esempio Corte cost. n. 84 del 1979). Altrove si sottolinea soprattutto che un sistema incentrato sulla procedibilità incondizionata sarebbe uno scarsamente realistico sotto molteplici profili (così G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, cit., p. 48; M. NOBILI, *La disciplina costituzionale*, cit., p. 210), oppure, ancora, si mette in rilievo come occorra controllare di volta in volta se le singole condizioni di procedibilità «attengano ad interessi costituzionalmente protetti e tali, in sede di bilanciamento con l'interesse alla persecuzione penale tutelato dall'art. 112 Cost., da prevalere su questo» (per questa opinione v. O. DOMINIONI, voce *Azione*, cit., p. 410; G. UBERTIS, voce *Azione penale*, cit., p. 4).

⁽⁶³⁾ V. O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento*, cit., p. 142; A. GAITO, voce *Querela, richiesta, istanza*, cit., p. 4; R. ORLANDI, *Art. 345*, cit., p. 99.

del 1988 ha inquadrato l'ipotesi di mancanza di una delle condizioni in discorso, accertata dopo l'inizio delle attività d'indagine ad opera del pubblico ministero, nel settore dell'improcedibilità, quale fenomeno che impedisce alla *iurisdictio* di giungere al suo naturale punto d'arrivo: l'accertamento del merito ⁽⁶⁴⁾.

6. Irretrattabilità

L'ultimo dei quattro principi tradizionalmente enumerati a descrivere le caratteristiche dell'azione penale nell'ordinamento vigente è il canone cosiddetto di irretrattabilità, previsto dal 3° comma dell'art. 50 c.p.p. che statuisce, ancora una volta in perfetta assonanza con l'art. 75 c.p.p. 1930: «l'esercizio dell'azione penale può essere sospeso o interrotto soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge».

Come gli altri principi generali in tema di azione penale, anche l'irretrattabilità ha subito vicissitudini interpretative molteplici, anzitutto strettamente nominali: nella dottrina meno recente, infatti, essa appare dotata di un significato assai più ampio di quello odierno, valendo ad indicare anche casi attualmente classificati alla stregua di "archiviazioni" ⁽⁶⁵⁾. Insomma, allorché la dottrina s'interrogava circa la "retrattabilità" dell'azione entro dati limiti temporali alludeva, in effetti, ad un concetto contenutisticamente diverso da quello odierno e non ad una forma d'azione penale rinunziabile o suscettibile di transazioni.

⁽⁶⁴⁾ Per un approfondimento del tema "decisioni di merito e decisioni di rito" v. Cap. III, § 11.

⁽⁶⁵⁾ V. ad esempio in tal senso, G. ALLEGRA, *Azione e sentenza*, cit., p. 34; U. ALOISI, *Manuale pratico*, cit., p. 25; F. BENEVOLO, voce *Azione penale*, cit., p. 916; L. BORSARI, *Della azione penale*, cit., p. 226. Particolarmente significativa, in proposito, è la "questione" dottrinale intercorsa tra Borsari e il Benevolo a proposito del problema se l'irretrattabilità fosse da considerarsi principio assoluto o meno. A detta del secondo autore, occorre distinguere «secondo che l'accusa non sia o sia già formolata. Finché l'accusa non è ancora formolata, finché occorre procedere a investigazioni e raccogliere prove, finché, in somma, non si tratta che di istituire la causa e di adunare i materiali dell'accusa, può facilmente avvenire che chi fu tratto dai primi indizi a credere che un delitto sia stato commesso e che ne sia autore un determinato individuo, venga talora, in seguito a maggiore e più accurata istruzione, a persuadersi che il delitto non fu commesso o che altri ne fu colpevole». Com'è evidente, in questa sede, sotto l'idea che l'azione sia retrattabile prima che l'accusa sia stata formolata, si nasconde l'istituto oggi conosciuto col nome di "archiviazione".

Nel prosieguo dell'evoluzione dogmatica, l'irretrattabilità è parso carattere strettamente connesso, e anzi dipendente, dal primario canone di obbligatorietà, intendendosi, cioè, che il pubblico ministero, obbligato all'esercizio dell'azione penale, doveva, per la logica naturale delle cose, essere obbligato anche a non desistere dalla via intrapresa ⁽⁶⁶⁾.

L'infruttuosità di una simile impostazione è stata tuttavia acutamente messa in rilievo da chi nota come la vicenda giudiziale, una volta messa in movimento grazie all'atto d'impulso in cui si risolve l'azione esercitata dal pubblico ministero, prosegue per la sua strada senza che l'organo dell'accusa debba o possa fare alcunché per consentirle di giungere al naturale epilogo della sentenza ⁽⁶⁷⁾.

L'orientamento in discorso coglie pienamente nel segno, risultando coerente tanto con l'idea, implicita nel concetto tradizionale di giurisdizione, che il giudice non possa rifiutarsi di provvedere emanando un provvedimento idoneo a decidere in modo potenzialmente definitivo sulla questione propostagli, quanto con il concetto di azione-richiesta di condanna, accolto, come vedremo, dal nuovo codice. Da un punto di vista teorico, infatti, nulla vieterebbe al legislatore di concepire l'azione come attività espandentesi per tutto l'arco della vicenda giudiziale, prima ed oltre la domanda diretta a provocare l'intervento della *iurisdictio* ⁽⁶⁸⁾. Sta di fatto che ciò non è accaduto nel nuovo procedimento penale, ed esistono anche fondati dubbi che lo fosse nella versione datata 1930 ⁽⁶⁹⁾, onde per cui appare solo logico dedurne la conseguenza che il comportamento del pubblico ministero, dopo l'atto d'impulso della *iurisdictio*, fuoriesca dal concetto di azione attualmente valido.

In altre parole, affinché venga emessa una sentenza eseguibile, tutto ciò di cui l'ordinamento ha bisogno è l'atto d'imputazione in cui, ai

⁽⁶⁶⁾ Seguono sostanzialmente questa impostazione G. ALLEGRA, *Azione e sentenza*, cit., p. 34; U. ALOISI, *Manuale pratico*, cit., I, p. 25; P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 100; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale*, cit., p. 73; A.D. TOLOMEI, *I principi fondamentali*, cit., p. 35; G. UBERTIS, voce *Azione penale*, cit., p. 5.

⁽⁶⁷⁾ In tal senso, autorevolmente, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 1987, p. 40; O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 411. Per una espressa confutazione degli argomenti addotti da quest'ultimo autore v. G. UBERTIS, voce *Azione penale*, cit., p. 5.

⁽⁶⁸⁾ Sul concetto di azione-attività v. in particolare P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., *passim*; Gius. SABATINI, *Vecchio e nuovo*, cit., 145; C. TAORMINA, *L'essenzialità del procedimento penale*, cit., p. 415; G. UBERTIS, voce *Azione penale*, cit., p. 2.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. in tal senso, da ultimo, O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 399.

sensi dell'art. 405, 1° comma, c.p.p., si risolve l'esercizio dell'azione penale: una volta compiuto quel passo, il pubblico ministero non può ritrattare *nulla*, perché non c'è *nulla* su cui egli possa influire, in positivo o in negativo, col suo comportamento⁽⁷⁰⁾. Anche l'eventuale richiesta di una sentenza assolutoria, pur traducendosi *sostanzialmente* in un contrasto con la volontà persecutoria manifestata attraverso l'atto d'esercizio dell'azione, non "blocca" il naturale percorso di quest'ultima verso la sentenza, ma costituisce solo uno dei possibili epiloghi del processo avviato.

Una questione ovviamente diversa è quella attinente ai doveri d'ufficio; rientra nel *munus* proprio del pubblico ministero, infatti, che quel soggetto sia tenuto ad operare in vario modo sulla scena processuale, ad esempio nel contraddittorio delle parti in fase di dibattimento.

Il codice di procedura penale descrive gli atti che il rappresentante dell'accusa deve compiere per giustificare la sua stessa esistenza come soggetto processuale: operazioni obbligatorie, chiaramente, come obbligatorio è l'esercizio dell'azione penale. Ma sono valutazioni normative operanti in campi diversi: il pubblico ministero che non ottempera ai suoi doveri commette il reato di omissione d'atti d'ufficio; se, poi, tra gli atti incompiuti c'è anche il mancato esercizio dell'azione penale, avremo una conseguenza ulteriore, ma assai diversa: il processo neppure sorge e qualora, per avventura, dovesse avviarsi ugualmente, sarebbe radicalmente nullo, ai sensi dell'art. 179, 1° comma, c.p.p.⁽⁷¹⁾.

In conclusione, sembra condivisibile quell'opinione che legge il canone dell'irretrattabilità come se fosse riferito al processo, anziché all'azione, valendo, così, ad indicare «il potere-dovere di procedere del giudice» sino all'esito naturale della sentenza⁽⁷²⁾, e a rendere legittime, al tempo stesso, quelle ipotesi di deroga al principio⁽⁷³⁾, sostanziantesi nelle forme di sospensione o interruzione del procedimento di volta in volta previste dalla legge.

(70) Con le parole di F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 40: «l'imputazione, una volta formulata, sfugge di mano al suo autore come nella favola dello stregone apprendista».

(71) Per un approfondimento dell'argomento in discorso v. Cap. VI, § 2.

(72) Così O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 411.

(73) Per questo ulteriore profilo funzionale della previsione legislativa v. P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 102.

L'accennato carattere teleologico del principio d'irretrattabilità quale affermazione di una regola generale e, al tempo stesso, legittimazione delle eventuali deroghe legislativamente previste, consente di creare un fondamento "dogmatico" al problema dell'archiviazione effettuata dopo la verifica d'irritualità dei giudizi direttissimo e immediato. Ai sensi dell'art. 452, 1° comma, c.p.p., qualora il giudizio direttissimo risulti promosso al di fuori delle condizioni legittimanti l'adozione del rito, il giudice dibattimentale dispone che gli atti vengano restituiti al pubblico ministero. Analoga sorte subiscono, ai sensi dell'art. 455 c.p.p., gli atti del giudizio immediato, nel caso in cui il giudice per le indagini preliminari ritenga irritualmente promosso il procedimento speciale. Le norme in parola hanno provocato la giusta perplessità della dottrina, che si è domandata se il rinvio degli atti processuali al pubblico ministero significhi anche il restauro delle sue possibilità di scelta tra azione penale e archiviazione ⁽⁷⁴⁾ ovvero se lo immetta in un percorso unidirezionale, votato alla richiesta di rinvio a giudizio ⁽⁷⁵⁾. Argomentazioni eminentemente pragmatiche fondano il primo orientamento, laddove si sostiene l'antieconomicità e l'incongruenza logica di una regressione degli atti al pubblico ministero, che lo vincoli ad un indiscriminato esercizio dell'azione penale, anche nel caso in cui ulteriori e più approfondite indagini dovessero rivelare la superfluità del processo. Di ordine dogmatico, invece, i motivi addotti dalla seconda opinione nel rigettare l'idea della conciliabilità tra archiviazione e investigazioni successive al provvedimento che dichiara l'irritualità del giudizio direttissimo o immediato: in entrambi i casi, in effetti, l'ordine d'invio degli atti al pubblico ministero si colloca temporalmente dopo l'esercizio dell'azione penale, ovvero in dibattimento, nel caso del direttissimo, e in sede di controllo da parte del giudice per le indagini preliminari sui presupposti del rito richiesto, nel caso del giudizio immediato. Per conseguenza l'archiviazione eventualmente disposta dal-

⁽⁷⁴⁾ Per questa opinione v. A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, 1980, p. 336; ID., *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, in *I giudizi semplificati*, coordin. da A. Gaito, Padova, 1989, p. 155; A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 3ª ed., 1993, p. 331.

⁽⁷⁵⁾ Così G. ILLUMINATI *Giudizio immediato*, in *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. Dalia, Napoli, 1989, p. 267; G. PAOLOZZI, *Profili strutturali del giudizio immediato*, in *I giudizi semplificati*, cit., p. 211.

l'organo inquirente al termine delle ulteriori indagini corrisponderebbe ad un "ritiro" dell'azione penale già esercitata. A ben vedere l'orientamento da ultimo esaminato pecca di una certa astrattezza. Il principio d'irretrattabilità dell'azione penale, concepito come corollario del canone costituzionale d'obbligatorietà, non può avere portata più ampia della regola da cui deriva, quale risulta dal testo della Costituzione e dalle regole del codice di procedura che la integrano (in particolare, quindi, le norme che stabiliscono i presupposti dell'archiviazione). Se ulteriori investigazioni compiute dal pubblico ministero dopo la dichiarazione d'irritualità del procedimento semplificato, lo inducessero a rivedere l'originario disegno accusatorio, rivelandone l'inconsistenza, l'unico esito dovuto sarebbe proprio l'archiviazione, anche se questo significa, *de facto*, ritrattare l'azione precedentemente esercitata. Tra l'altro, l'orientamento criticato pecca ugualmente di una certa incoerenza dogmatica laddove sostiene che l'unica via praticabile, nel caso in discorso, sia la richiesta di rinvio a giudizio; l'azione è stata già esercitata, con la richiesta di giudizio immediato (art. 454 c.p.p.), ovvero con la presentazione dell'imputato in udienza o la citazione dell'imputato libero, nel caso del rito direttissimo (art. 450 c.p.p.). Si è, dunque, costretti ad immaginare una duplicazione dell'atto d'esercizio dell'azione già compiuto. Ad ulteriore conferma, può aggiungersi che il principio d'irretrattabilità, come tutti i principi, è dotato di una flessibilità coerente alla sua natura generalissima, ed è portato, quindi, ad adattarsi alle più concrete norme del codice nella misura massima consentita dai limiti ad esso intrinseci. Tanto più richiesta è questa flessibilità nel caso in cui il sistema processuale di base sia uno d'impronta accusatoria, in cui l'alternativa secca tra agire e non agire, si frantuma, di necessità, in una varietà di scelte procedurali di numero pari ai differenti riti previsti dal codice ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁶⁾ Su questa caratteristica del sistema accusatorio v. A. GAITO, *Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di scelta e strategia processuale*, in *I giudizi semplificati*, cit., p. 7. Per un'interessante applicazione dell'orientamento che concepisce il canone d'irretrattabilità in modo "flessibile", ai problemi derivanti dalla declaratoria d'incompetenza del giudice penale v. M. MARGARITELLI, *Questioni nuove in rapporto alle declaratorie d'incompetenza del giudice penale*, in *Giur. Cost.*, 1993, 697.

CAPITOLO TERZO

I CONTROLLI SULL'INAZIONE DEL PUBBLICO MINISTERO

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. L'archiviazione come concetto. – 3. L'archiviazione nei codici abrogati. – 4. Il progetto preliminare del 1978. – 5. Lineamenti attuali dell'archiviazione. – 6. (*segue*) La cosiddetta discrezionalità del pubblico ministero. – 7. Il controllo sul mancato esercizio dell'azione nella R.F.T.: A) la struttura del "*Klageerzwingungsverfahren*". – 8. (*segue*). B) Evoluzione e caratteristiche del "*Klageerzwingungsverfahren*". – 9. (*segue*). C) I compiti del "*Klageerzwingungsverfahren*". – 10. (*segue*). D) Il ruolo della vittima in funzione di controllo sull'operato del pubblico ministero. – 11. Il sistema dei controlli sull'inazione. – 12. (*segue*) I provvedimenti negativi. – 13. Il comportamento del pubblico ministero nelle indagini su un reato commesso da ignoti. – 14. Il ruolo della persona offesa nella fase di controllo sulla richiesta d'archiviazione. – 15. I controlli interni alla struttura del pubblico ministero: l'avvocazione.

1. Note introduttive

Tra i luoghi normativi del processo in cui prende vita e rilievo effettivo il concetto di azione penale, la fase dell'archiviazione è sicuramente il più importante. Ad un primo sguardo, sembrerebbe questo un *nonsense*: l'azione penale scende dalla sfera degli strumenti ricostruttivi astratti e si immerge nella norma, proprio in collegamento con quell'istituto che, comunque lo si voglia definire, di essa rappresenta la negazione per antonomasia.

Il pubblico ministero che "agisce" postula la necessità d'intervento della *iurisdictio*; il pubblico ministero che "archivia" postula la superfluità di quel medesimo intervento.

Al di là del paradosso, però, si scorge subito l'ovvio: proprio in quanto testimonianza dell'inutilità d'agire, l'archiviazione diventa momento cardine per chi si accinga a rintracciare le "fattezze" normative dell'azione penale.

L'art. 112 Cost. e il principio di obbligatorietà forniscono una rego-

la di comportamento in positivo, statuendo che il pubblico ministero deve agire *sempre*, laddove gli risulti l'esistenza di una concreta fattispecie di reato. Le norme sull'archiviazione circoscrivono il "sempre" indistinto della Carta costituzionale, dettando le regole da osservarsi nel caso in cui il suo indiscriminato avallo indurrebbe la produzione di risultati aberranti rispetto allo scopo della norma.

È evidente, dunque, come le disposizioni legislative in tema di archiviazione siano in grado non solo di individuare la concreta portata del principio costituzionale di obbligatorietà, ma anche di tracciare, in negativo, i confini definitivi dell'azione penale in un dato ordinamento giuridico.

Nel sistema processuale improntato al principio di obbligatorietà, il discrimine generalissimo tra agire e non-agire è dato dal fatto che un certo evento storico configuri gli estremi del reato. Il legislatore ordinario, però, è costretto da ovvie esigenze di concretizzazione di quel generico *dictum* a tradurre nelle norme determinate regole di comportamento, atte a guidare il titolare dell'obbligo entro le speciose ramificazioni di una realtà incompressibile nell'asettica astrattezza del principio costituzionale ⁽¹⁾.

Quest'opera ricostruttiva si profila tanto più precisa e affidabile nei risultati pratici, quanto più la fattispecie comportamentale da racchiudere in formule verbali sarà aliena da momenti valutativi e fattori variamente riconducibili a opzioni "personali". Per fare un esempio, si consideri l'art. 268 c.p.p., che, nel suo 1° comma, regola alcune modalità delle intercettazioni telefoniche, statuendo: «Le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale» ⁽²⁾. Una norma del genere contiene la descrizione di un comportamento im-

⁽¹⁾ Sulle norme di procedura quali «accorgimenti tecnici utili a predeterminare il comportamento dei soggetti portatori degli interessi in conflitto» o dei soggetti processuali più in generale v. A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1979, (ediz. provv.), p. 23, n. 27; nonché, ampiamente, sulle c.d. norme di organizzazione e funzionamento, nella cui categoria rientrerebbero a pieno titolo le norme del codice di rito, F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, I, Roma, s.d., p. 97 e ss.

⁽²⁾ Sulle operazioni di verbalizzazione delle intercettazioni telefoniche v. F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, ediz. 1990, p. 304; G. FUMU, Art. 268, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, II, Torino, 1990, p. 790; e, con riferimento al corrispondente art. 226-*quater*, 3° comma, c.p.p. 1930, v. V. GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 1979, p. 50; P. PISA, voce *Intercettazioni telegrafiche e telefoniche (diritto penale)*, in *Enc. Giur.*, Roma, XVII, 1989, p. 4.

sto in vista di un determinato fine, ed eseguibile senza inserimento alcuno di momenti valutativi. Nel compiere l'atto "x", l'attore preso in considerazione dalla norma è tenuto all'adempimento "y".

Si consideri, ora, l'art. 267, 1° comma, c.p.p., in base al quale, l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari alla richiesta d'intercettazioni effettuata dal pubblico ministero è subordinata alla condizione che vi siano «*gravi indizi di reato* e l'intercettazione sia *assolutamente indispensabile* ai fini della prosecuzione delle indagini» ⁽³⁾.

È evidente già dalla semplice lettura della disposizione, come questa volta il legislatore sia stato costretto a configurare, mediante sintesi verbali, un comportamento la cui doverosità risulta filtrata attraverso una serie di valutazioni successive, in ultima analisi affidate all'intelligenza, alla professionalità ⁽⁴⁾ e, *last but not least*, alla correttezza del singolo operatore giuridico.

La natura del comportamento oggetto di regolamentazione induce il legislatore a definire le ipotesi di esercizio dell'azione penale mediante norme del tipo appena descritto, ovvero costruite attraverso un *quantum* tanto elevato di elementi valutativi, da costringere lui, e dopo di lui l'interprete, a circoscrivere l'insicurezza definitoria cercando appoggio in concetti strettamente confinanti, e perciò idonei a chiarire – come in un *puzzle* – i tratti del disegno legislativo.

Esemplare, in questo senso, è l'art. 405, 1° comma, c.p.p., ai sensi del quale: «Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi

⁽³⁾ Sui presupposti di legittimità delle intercettazioni telefoniche v. F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, cit., p. 299; G. FUMU, *Art. 267*, in *Commento*, cit., II, p. 783; P. PISA, voce *Intercettazioni*, cit., p. 2; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, Torino, 1991, p. 312; nonché il recentissimo contributo di A. GAITO, *L'esperienza italiana*, in *La disciplina delle intercettazioni telefoniche*, *Atti del Convegno*, Osimo 8-10 marzo 1994, (in corso di pubblicazione).

⁽⁴⁾ Profilo, quest'ultimo, decisamente scottante alla luce delle manchevolezze ravvisabili nei sistemi di reclutamento e selezione dei magistrati. Per interessanti spunti sull'argomento v. V. DENTI, *La formazione del giudice, l'organizzazione della giustizia, la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *il giusto processo*, 1992, 25; G. DI FEDERICO, *Disfunzioni del processo penale, del Ministero della giustizia e del C.S.M.*, ivi, 1990, 53; G. ICHINO, *Il controllo sulla professionalità e sulla produttività dei magistrati*, in *Quest. Giust.*, 1992, 169; nonché, per un'analisi di più ampio respiro, *Preparazione professionale degli avvocati e dei magistrati: discussione su una ipotesi di riforma*, a cura di G. Di Federico, Padova, 1987.

previsti nei titoli II, III, IV e V del libro VI, ovvero con richiesta di rinvio a giudizio».

La disposizione, intitolata – si noti bene – “Inizio dell’azione penale. Forme e termini”, esprime piuttosto poco sull’oggetto del discorso, e precisamente: anzitutto che l’azione penale si esercita attribuendo un fatto determinato ad una persona determinata, ossia formulando l’imputazione; e, in secondo luogo, che si esercita laddove non esistano i presupposti previsti dalla legge per archiviare.

Non è questa la sede per discutere sul significato e sulle implicazioni della norma in discorso; qui giova solo mettere in rilievo come essa sia esemplarmente strutturata in modo tale da definire condizioni e contenuti dell’azione mediante un rinvio, neanche implicito, alle disposizioni in tema di archiviazione.

È lo stesso legislatore, in altre parole, che “autorizza” indirettamente l’interprete a ricostruire il concetto di azione penale attraverso le disposizioni regolanti l’archiviazione.

2. *L’archiviazione come concetto*

Il sostantivo “archiviazione” indica tanto l’atto quanto l’effetto dell’archiviare, ossia togliere dal mondo delle pratiche circolanti la testimonianza cartacea di un dato evento storico, in quanto considerato concluso e non più, o non al momento, suscettibile d’interesse⁽⁵⁾.

Il fulcro del concetto di “archiviazione” sta, però – al di là delle definizioni meramente linguistiche – nell’appagamento contemporaneo di due diverse necessità, tra loro logicamente incompatibili ma concretamente attuabili, ovvero, da un lato, il bisogno di eliminare dal circolo degli affari in corso tutto quanto, per motivi di vario ordine e grado, in corso più non sia; dall’altro, l’esigenza di non lasciar scomparire nel nulla dei “non eventi”, i verbali che ne testimoniano l’esistenza trascorsa.

L’“archivio”, dunque, è luogo peculiare, destinato alla raccolta e conservazione di cose che non interessano più, ma che forse, un giorno, potrebbero divenire interessanti per qualcuno.

⁽⁵⁾ Per la definizione v. *Enciclopedia Universale*, voce *Archiviare*, I, Milano, 1966, p. 623.

L'archivio, ancora, è, per antonomasia, il luogo dell'organizzazione, il figlio di istinti costruttivi, di strutture sociali, di universi stabili e ordinati. Tanto è vero questo, che dove quelle strutture si dissolvono, per lasciare posto all'anarchia, si dissolve anche l'archivio, fragile nella sua anima cartacea e comunque paralizzato dal mancato arrivo di nuove pratiche da dimenticare e, assieme, conservare.

L'archivio è presente, quale inevitabile *pendant* di un'organizzazione statuale efficiente, già presso le antiche civiltà mesopotamiche, ovvero in epoche della storia umana che sfiorano i duemila anni prima di Cristo ⁽⁶⁾. Più numerose, ovviamente, le notizie rintracciabili sugli archivi pubblici dell'antica Grecia, prima, e di Roma antica, poi ⁽⁷⁾. Il culmine e la decadenza si susseguono vertiginosamente nell'occhio dei moderni. Ben nutrito, infatti, grazie alla mole delle pratiche elaborate dall'immensa burocrazia imperiale, l'archivio conosce una fase di eclissi quasi completa col dissolversi dell'antichità nell'alto-medioevo, sopravvivendo solo in forma privata, presso Chiese e conventi, per iniziare lentamente a ricostruirsi con l'epoca dei Comuni ⁽⁸⁾.

Affinché l'archivio sussista, ha bisogno di documenti, quindi di chi sappia scrivere; ha bisogno, soprattutto, di un'organizzazione sociale interessata a che qualcuno scriva, adoperi e poi accantoni per conservare, pratiche di varia natura, ma comunque "pubbliche".

Questa perseverante finalità storica dell'archivio, risalente – come si è notato – ad almeno duemila anni prima di Cristo, provoca l'occasionale interessato a ricercare l'etimologia della parola.

Archivum o *archium* sono vocaboli tardo-latini ⁽⁹⁾, adoperati co-

⁽⁶⁾ Il fondo archivistico più interessante tra quelli delle dinastie mesopotamiche è stato rintracciato nell'antica città di Mari, sul medio Eufrate, archivio datato attorno al 1750 a.C. In tal senso v. *Der kleine Pauly, Lexikon der Antike*, a cura di K. Ziegler e W. Sontheimer, voce *Archiv*, I, Stuttgart, MCMLXIV, p. 514; sull'argomento cfr. pure I. ZANNI ROSIELLO, voce *Archivio*, in *Enciclopedia Europea*, I, 1976, p. 587.

⁽⁷⁾ Per cui v. ampiamente *Der kleine Pauly*, voce *Archiv*, cit., p. 515; *Dizionario Enciclopedico Italiano*, voce *Archivio*, I, Roma, 1955, p. 591; I. ZANNI ROSIELLO, voce *Archivio*, cit., p. 587.

⁽⁸⁾ Cfr. *Enciclopedia Universale*, voce *Archivio*, cit., p. 624; *Enciclopedia Italiana*, voce *Archivio e archivistica*, IV, Roma, 1949, p. 83; L. SANDRI, voce *Archivio*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 1001; I. ZANNI ROSIELLO, voce *Archivio*, cit., p. 588.

⁽⁹⁾ Così, G. DEVOTO e G.C. OLI, voce *Archivio*, in *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1971, p. 153. La terminazione -io deriverebbe, secondo gli autori ora citati,

munque più raramente della parola *tabularium (civitatis)*, come si conviene per forme semantiche “colte”, importate dalla lingua “colta” per eccellenza, ossia il greco ⁽¹⁰⁾. In quella lingua, τὸ ἀρχεῖον, anche «palazzo del governo, luogo di raduno o residenza dei principali magistrati», indica l'esatto corrispondente del moderno “archivio” ⁽¹¹⁾.

Determinante per l'etimologia della parola sembra essere il suffisso arc-/αρχ-, che, nella lontana derivazione ellenica, è il suffisso del comando, della guida organizzata di un contesto sociale ⁽¹²⁾. L'archivio, quindi, in origine come nell'uso attuale, è il *luogo del potere*, il posto deputato all'accantonamento e alla conservazione dei “detriti” del potere, di ciò che residua dopo il suo esercizio e la sua consunzione ⁽¹³⁾. Simbolo poco appariscente, ma inevitabile e massiccio nelle sue dimensioni, l'archivio rappresenta la collettività organizzata attorno ad una struttura di comando efficiente, relazionalità che diventa ancora più chiara laddove dal generico archivio pubblico si passi a considerare quello giudiziario penale, ovvero l'archivio organizzato per contenere i residui del potere statale esercitato attraverso la *iurisdictio*.

Qui, attraverso la raccolta dei procedimenti morti sul nascere, tron-

dall'uso medievale della parola quale raccolta completa delle arti poste a base dell'insegnamento scolastico. All'epoca, infatti, l'espressione ellittica *Trivio* stava ad indicare le tre arti liberali, ossia grammatica, dialettica e retorica, mentre, correlativamente, *Quadrivio* erano le quattro scienze dell'aritmetica, musica, geometria e astronomia. Dall'incrocio semantico dei due vocaboli col latino *archivum* sarebbe comparsa la terminazione passata all'italiano “archivio”. Per un approfondimento della problematica descritta v. G. DEVOTO, *Avviamento all'etimologia italiana*, Firenze, 1967, p. 25.

⁽¹⁰⁾ Per questa derivazione della parola *archivium* v. S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, I, Torino, 1961, p. 624; C. BATTISTI e G. ALESSIO, *Dizionario etimologico italiano*, I, Firenze, 1975, p. 275; M. CORTELAZZO e P. ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, I, Bologna, 1ª ed., 1979, p. 69; *Der kleine Pauly*, voce *Archiv*, cit., I, p. 514; F. KLUGE, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, a cura di E. Seebold, Berlin - New York, 22. Aufl., 1989, p. 38.

⁽¹¹⁾ Per alcuni solo nel plurale τὰ ἀρχεῖα. Cfr., in tal senso, L. ROCCI, voce *Τὸ ἀρχεῖον*, *ov*, in *Vocabolario greco/italiano*, Città di Castello, 28ª ed., 1979, p. 273.

⁽¹²⁾ Così S. BATTAGLIA, *Grande dizionario*, cit., I, p. 624.

⁽¹³⁾ Conformemente all'etimologia del vocabolo “archivio” proposta in questa sede è l'interpretazione dell'“archivio” come fenomeno storico offerta da G. BARONTI, *I segni del potere; fenomenologia dell'archivio giudiziario*, in *Quest. Crim.*, 1980, 55: «la stessa cosa che da sempre dice e rivela il giudiziario non è ... la serie disparata degli accidenti quotidiani, ma la struttura, l'impronta, la Weltanschauung del potere e dei suoi dispositivi».

cati a metà, ovvero debitamente conclusi, l'esercizio del potere nella sua forma più immediata – la coercizione penale – è in grado di testimoniare se stesso anche a secoli di distanza.

Si è detto cos'è l'archivio e a che serve. Ma esiste un momento storico, individuabile con precisione, in cui il sostantivo indicante l'atto e l'effetto del mandare atti all'archivio – ossia "archiviazione" – diventa linguaggio di cui si appropria il legislatore: nell'art. 74 c.p.p. 1930. In quel contesto, al termine corrisponde non un qualsiasi accantonamento di pratiche processuali concluse, ma l'accantonamento della pratica attinente ad un procedimento che abortisce mentre è ancora *in fieri*. «Quando il pubblico ministero ritiene che non si debba procedere per la manifesta infondatezza del rapporto, del referto, della denuncia, della querela o dell'istanza...ordina la trasmissione degli atti all'archivio»: così il 3° comma dell'art. 74 c.p.p. 1930, adoperando un termine che, inesistente nella legislazione più antica, viveva però nell'universo concreto della pratica quotidiana ⁽¹⁴⁾, in quanto rispondente ad un bisogno inevitabile della vita burocratica, ovvero l'eliminazione *brevi manu* di ciò che appaia manifestamente superfluo.

La parola "archiviazione" col suo moderno significato compare, dunque, negli enunciati normativi, solo nel 1930, mentre l'uso d'inviare all'archivio gli atti riguardanti la *notitia criminis* che si riveli *ictu oculi* infondata sembra avere rilievo giuridico proprio già in tempi precedenti ⁽¹⁵⁾. Quanto precedenti? possiamo chiederci, e qui è il punto, perché è ovvio che, come mero fatto storico, l'uso di accantonare la

⁽¹⁴⁾ Cfr., in tal senso, F. CORDERO, voce *Archiviazione*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 1025.

⁽¹⁵⁾ Ad esempio, L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 3ª ed., 1908, p. 300, che pure scrive sotto la vigenza del c.p.p. 1865, parla nei seguenti termini del comportamento del pubblico ministero di fronte alla *notitia criminis*: «Il procuratore del Re che... acquista cognizione d'un fatto interessante il suo ministero, provvede, a seconda dei casi, in uno o altro dei modi seguenti: a) se trova che il fatto non costituisca reato – 1° ove sia di competenza amministrativa, trasmette gli atti all'autorità competente; – 2° altrimenti invia gli atti all'archivio». Ancora più interessante è la lettura delle pagine di D. MORO, *Pratica criminale*, IV, Napoli, 1782, p. 322, laddove l'autore si dilunga nel consigliare alle «Corti baronali» l'uso costante e la rigorosa tenuta degli archivi per la conservazione «de' processi e scritture criminali», quale pratica indispensabile per una corretta e ordinata amministrazione della giustizia penale.

pratica penale conclusa sul nascere potrebbe essere tanto vecchia quanto l'archivio stesso.

Teoricamente sarebbe possibile – ed anche assai logico – collegare l'emergere dell'istituto-archiviazione dal limbo delle pratiche informali, con la recezione legislativa del principio di obbligatorietà: l'archiviazione, infatti, come segmento procedimentale predisposto all'accantonamento della *notitia criminis* infondata, sembrerebbe atteggiarsi a problema solo laddove agire penalmente sia un obbligo ⁽¹⁶⁾.

In base ad uno schema interpretativo del genere, diventa semplice spiegare come mai, prima i codici di procedura penale degli Stati italiani preunitari ⁽¹⁷⁾, e poi quelli del 1865 e 1913 ⁽¹⁸⁾, si preoccupassero di

⁽¹⁶⁾ Per questa interpretazione v. F. CORDERO, voce *Archiviazione* cit., 1025. Nello stesso senso cfr. pure, volendo, C. VALENTINI REUTER, *In tema di riapertura delle indagini dopo l'archiviazione e misure coercitive*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, 314.

⁽¹⁷⁾ Panorama assai variegato. A proposito della regolamentazione contenuta nel codice piemontese del 1859, M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, vol. I, parte II, Torino, 1864, p. 15, si chiede «se il p.m. sia arbitro dell'azione penale per modo che sia assolutamente in suo potere di promuoverla o non.» La risposta è ambigua: il pubblico ministero è organo indipendente nei confronti della magistratura giudicante, che non può «ingiungergli o vietargli di promuovere l'azione penale, perciocché con tale ingiunzione parteciperebbe all'accusa», ma le cose stanno diversamente nei confronti di quel potere esecutivo cui lo lega il vincolo gerarchico. In Toscana le cose sembrano andare in modo differente se, come scrive J. BONFANTI, *Della istruzione de' processi criminali in Toscana*, Lucca, 1850, p. 12, «il diritto di mettere in movimento l'azione pubblica non è esclusivo del pubblico ministero» in quanto appartiene anche a camere d'accusa, parti civili e ministro della giustizia, i quali tutti «si limitano ad eccitare lo esercizio dell'azion pubblica, quando il ministero pubblico non l'ha esercitata», in funzione sostitutiva per il caso d'inerzia, dunque. Sulla fase d'esercizio dell'azione penale nel Granducato di Toscana v. pure A. ADEMOLLO, *Il giudizio criminale in Toscana secondo la riforma leopoldina*, Firenze, 1840, p. 78; P.A. CERRETELLI, *Della giurisprudenza criminale toscana*, I, Firenze, 1840, p. 262. Il *Codice di processura criminale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Parma, MDCCCXX, prevede, dal canto suo, un articolato sistema di controllo sulla fase d'esercizio dell'azione penale. Ai sensi dell'art. 195 il Procuratore Ducale che che non veda nell'imputazione alcuna «apparenza di crimine» invia gli atti al magistrato con cui condivide gli oneri dell'istruttoria, ossia al «Giudice processante», che dichiara, se del caso, «non esservi luogo ad ulteriore procedimento». Una disposizione interessante è quella contenuta nell'art. 202, ai sensi del quale la parte civile può opporsi contro l'ordinanza di non luogo a procedere, provocando l'intervento di una Sezione del Tribunale che decida sulla legittimità dell'inazione. Un procedimento similmente articolato è quello che prevede il combinato disposto degli artt. 130, 366

regolamentare, benché in modi e misure assai diverse, l'attività dell'organo dell'accusa intenzionato a non procedere penalmente nei confronti di una determinata notizia di reato e, quindi, a confinare nell'archivio la pratica relativa. Diventa semplice – si diceva – perché quegli ordinamenti avevano recepito il principio cosiddetto di legalità o di obbligatorietà, configurando, a carico del pubblico ministero, il dovere di perseguire ogni fatto di reato e, per conseguenza, donando rilievo autonomo all'attività che quell'organo svolgeva una volta ritenuta l'inutilità del nascento processo.

La linearità dello schema interpretativo appena proposto si frantuma, però, contro un duplice ordine di considerazioni: anzitutto, occorre notare che anche sistemi processuali caratterizzati da attenuazioni più o meno ampie del principio di obbligatorietà erigono a fattispecie procedimentale autonoma il momento in cui l'organo detentore del potere d'azione decide di non esercitare il potere in discorso; non solo, ma quei medesimi ordinamenti si preoccupano anche di prevedere

e 367 del Codice di procedura penale del Regno Italico, elaborato dal Romagnosi ed entrato in vigore nel 1807 (in *Le fonti del codice di procedura penale del Regno Italico*, a cura di E. DEZZA, Milano, 1985, p. 165). Particolare interessante è l'accurata previsione, nel corpo dell'art. 131 dei motivi, presenti i quali «l'imputazione s'intende dissipata», ovvero dei motivi legittimanti l'aborto del processo *in fieri*. Nel meridione d'Italia, N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, parte I, vol. II, Napoli, 1828, p. 742, parla di «necessità assoluta e precisa» quanto all'esercizio dell'azione penale consegnato nelle mani del pubblico ministero. Insomma: fatte salve cospicue differenze nelle modalità di garanzia sull'effettività del principio, negli Stati preunitari ottocenteschi pare ovunque affermato il dovere del magistrato inquirente di avviare il processo in presenza del fatto costituente reato.

(18) Il codice di procedura penale del 1865 non conteneva norme che descrivessero i presupposti dell'invio della pratica in archivio ovvero il relativo procedimento. Insomma, l'obbligo del pubblico ministero era tracciato in positivo, mediante una disposizione che ne prescriveva il sorgere con la commissione del reato. Ai sensi dell'art. 1, 1° comma, c.p.p. 1865, infatti «Ogni reato dà luogo ad un'azione penale». La norma in discorso andava letta in una con l'art. 42, 1° comma, c.p.p. 1865 in base al quale «Il Procuratore del Re è tenuto, nel distretto del Tribunale in cui esercita le sue funzioni, di promuovere e proseguire le azioni penali derivanti da crimini o delitti colle norme prescritte dal presente codice». Con un'ottica simile a quella moderna, invece, il codice di procedura penale del 1913 descriveva tanto i presupposti quanto il procedimento d'invio degli atti in archivio. Ai sensi dell'art. 179 c.p.p. 1913 «Il procuratore del Re esercita l'azione penale. Se reputa che per il fatto non si debba promuovere azione penale richiede il giudice istruttore di pronunziare decreto».

strumenti atti a controllare e/o bilanciare la discrezionalità attribuita all'organo pubblico nell'esercizio dell'azione.

Già rimanendo nel settore comparatistico prescelto, ovvero il sistema processuale penale tedesco, è possibile trovare una conferma della teoria appena esposta: nonostante, infatti, i §§ 153 e ss. *StPO* introducano in quel sistema una nutrita serie di situazioni eccettuate dalla vigenza del *Legalitätsprinzip*, pure, nei medesimi casi, il pubblico ministero non si limita a mandare gli atti all'archivio *sic et simpliciter*, con provvedimento informale privo di specifica regolamentazione, ma è, al contrario, tenuto ad una serie di adempimenti di varia natura, genericamente indirizzati ad un controllo circa la legittimità delle determinazioni assunte ⁽¹⁹⁾.

Ma, a contestare la reale validità dello schema interpretativo proposto, soccorre pure un altro ordine di argomenti: storicamente, l'obbligo di esercizio l'azione penale, come situazione tutelata mediante apposite norme sanzionatorie per il caso d'inosservanza, non costituisce una novità delle codificazioni ottocentesche. Un obbligo del genere, per quanto rozza-mente conformato, appare già previsto dagli Statuti comunali dell'epoca Medievale e citato nelle contemporanee opere di dottrina ⁽²⁰⁾. Gli storici del diritto, però, non dicono se al dovere di *inquirere* per determinate

⁽¹⁹⁾ Per un esame specifico delle modalità in discorso e, in generale, degli sfondi ideologici caratterizzanti i c.d. casi di vigenza del principio di opportunità nell'ordinamento processuale penale della R.F.T. v. J. BAUMANN, *Minima non curat praetor*, in *Festschrift für K. Peters*, Tübingen, 1974, p. 3; H.J. HIRSCH, *Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZStW* 92 (1980), 218; A. HOHENDORF, *§ 153 a I StPO als Radikalmittel zur Bewältigung der "Massen-Bagatellkriminalität"*, in *NJW* 1987, 1177; E. KAUSCH, *Der Staatsanwalt - ein Richter vor dem Richter?*, Berlin, 1980; H.W. MEYER-GOLDAU, *Der Begriff der "geringen Schuld" in § 153 der Strafprozeßordnung*, München, 1972; U. SCHUTH, *Die Einstellung unter Auflagen im System der Verfahrensvorschriften des Sanktionsrechts*, Gießen, 1979; H. VOGEL, *Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung*, München, 1966; W.J. ZIRKEL, *Absehen von Strafe und Absehen von Klage (§ 153 StPO)*, Düsseldorf, 1936; E. ZWICKEL, *Die Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes durch § 153 StPO*, Danzig, 1932.

⁽²⁰⁾ Cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. VI, parte II, Bologna, 2ª ed., 1900, p. 7; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, diretta da Del Giudice, vol. III, Parte II, Milano, 1969 (rist. 1925), p. 354, basandosi il primo su una frase di GIULIO CLARO, a detta del quale «...*Habita querela seu denuntiatione, teneatur iudex procedere et inquirere. Et si id non faciat, poterit puniri*», e, il secondo, su analoghe notazioni di Alberto da Gandino, nonché sopra gli Statuti comunali di alcune città-stato italiane.

fattispecie di reato corrispondesse anche una pratica, in qualche modo regolamentata, d'“archiviazione”, ossia accantonamento e conservazione, degli atti relativi a notizie di reato rivelatesi infondate. Dal silenzio dottrinale e legislativo sull'argomento sembra legittimo dedurre l'inesistenza di una prassi del genere e l'illazione è confortata dal fatto che l'“archivio”, come istituzione organizzata allo scopo di conservare documenti pubblici esauriti, subisce un'eclissi diffusa proprio in epoca Medievale ⁽²¹⁾.

Nella situazione storica appena descritta è individuabile, dunque, un obbligo d'agire, addirittura sanzionato con pene corporali, ma sfornito di regolamentazione apposita per il caso che subentrino elementi in grado di legittimare l'attore pubblico all'inattività.

Il fatto è che, probabilmente, il collegamento causale cercato non è tra *Legalitätsprinzip* e archiviazione, come fattispecie giuridicamente rilevante, quanto piuttosto tra quest'ultimo fenomeno e l'avvenuto mutamento dei rapporti tra Stato e cittadino, inteso quale passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto, in cui l'individuo singolo si pone di fronte all'autorità non più come soggetto passivo del potere esercitato – ossia *subditus* – bensì come cittadino, individuo dotato di diritti innati e quindi inalienabili, intangibili persino nell'esercizio dell'autorità suprema ⁽²²⁾.

Si considerino le caratteristiche che rendono il rapporto tra autorità ed individuo, nel *Rechtsstaat*, così peculiare rispetto alle sue forme pre-

⁽²¹⁾ In tal senso v. voce *Archivio e archivistica*, cit., p. 86.

⁽²²⁾ Si adopera qui l'espressione “Stato Assoluto” in senso lato e comunque specifico, per indicare ellitticamente tutte quelle forme di Stato in cui il rapporto autorità-individuo è caratterizzato dal fatto che «l'*officium* del sovrano è considerato *beneficium*» (secondo l'icastica formulazione di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 9^a ed., 1975, p. 138), ossia in cui il diritto del singolo di fronte all'autorità è sprovvisto di forme di garanzie azionabili. Per uno sguardo alla dottrina in materia di forme di stato v. G. AMATO, *Forme di stato e forme di governo*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, ediz. 1986, p. 39; F. BATTAGLIA, *Stato etico e Stato di diritto*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1937, 268; ID., *Ancora sullo Stato di diritto*, *ivi*, 1948, 169; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le forme di Stato dell'età contemporanea*, in *Il Politico*, 1953, 167; ID., *Introduzione al diritto costituzionale italiano e comparato. Le «forme di Stato» e le «forme di governo»*, Milano, 5^a ed., 1984; P. BODDA, *Lo Stato di diritto a proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, 1935; E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Cagliari, 3^a ed., 1970; C. CARISTIA, *Ventura ed avventure di una formola: «Rechtsstaat»*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1934, I, 388; R. DE MATTEI, voce *Assolutismo*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 917; L. ELIA, voce *Go-*

cedenti, cioè non solo la garanzia di diritti individuali realizzata mediante la loro recezione in leggi formate da assemblee elettive, ma anche, e soprattutto, la regolamentazione di pretese azionabili dal cittadino nei confronti del potere costituito e in grado di bloccarne tanto l'attività, quanto le inerzie illegittime ⁽²³⁾. Se questi, sinteticamente esaminati, sono i caratteri peculiari dello Stato di diritto, diventa chiaro come la sua essenza risieda, da un lato, nell'autolimitazione del potere, che si sottopone all'osservanza delle medesime leggi cui richiede ossequio ai cittadini e, dall'altro, in una distribuzione di quel medesimo potere idonea a renderne trasparenti e, quindi, sindacabili le manifestazioni, attraverso delicati meccanismi di reciproco controllo tra i soggetti pubblici suoi depositari.

E con questo è possibile anche tornare alla problematica dell'archiviazione. Tra le più importanti forme di manifestazione del potere vi è senz'altro il suo mancato esercizio, in quanto produttivo o non produttivo, di per sé solo, di effetti sulla realtà sociale in cui si esplica. Così, l'archiviazione, in quanto mancato promovimento dell'azione penale, si traduce, per l'individuo originariamente sospettato, in un provvedi-

verno (*forme di*), in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 634; F. LANCHESTER, voce *Stato (forme di)*, *ivi*, XLIII, 1990, p. 796; K. KASER, *L'età dell'assolutismo*, Firenze, s.d.; C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973; ID. *Istituzioni di diritto pubblico* cit., I, p. 133; F. PERGOLES, *Sullo Stato di diritto*, Padova, 1931; G.U. RESCIGNO, voce *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1; G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Torino, 1962 (ristampa); R. TREVES, *A proposito della polemica su Stato di diritto e Stati totalitari*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1956, 333.

⁽²³⁾ Sembra utile ripetere qui la sintetica definizione che il RANELLETTI (*Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 142) fornisce per tratteggiare i lineamenti del *Rechtsstaat*: «Nello Stato moderno il diritto è posto al di sopra di ogni attività; tutti, compreso lo Stato, devono rimanere ad esso soggetti, vivere ed operare secondo le sue norme. Lo Stato, in quanto si sottopone al diritto e di questo assicura l'osservanza anche in riguardo a sé medesimo, per mezzo di apposite istituzioni, è Stato di diritto». Una precisazione appare indispensabile: la definizione appena citata non è che una fra le tante che sono state date e, probabilmente, ancora si daranno a proposito del *Rechtsstaat*. Per una rassegna articolata delle opinioni espresse in proposito da pubblicisti italiani e germanici – la cui considerazione è d'obbligo, visto che la parola *Rechtsstaat* è una creazione della dottrina tedesca del secolo scorso – v. P. BODDA, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 9. Sull'estrema ambiguità del termine, particolarmente con riferimento alle distorsioni dottrinali di cui è stato fatto oggetto durante il periodo fascista v. R. TREVES, *A proposito della polemica*, cit., *passim*.

mento liberatorio – a prescindere, poi, dalla sua definitività o meno – e, per la società tutta, compresa e specialmente considerata l'eventuale vittima, nella mancata persecuzione di un dato fatto in quanto non costituente reato, o per altri motivi.

Ora, la disciplina di questa delicata fase procedimentale, come pure, in essenza, l'idea medesima di accantonare sì, ma custodire anche e, quindi, eventualmente, ripescare a fini di controllo o riesame, una determinata pratica, possono esistere solo laddove si comprenda che una manifestazione così importante del Potere non può aver luogo quale mero fatto storico, ma deve assurgere a livello di fattispecie giuridica, affinché risulti controllabile.

Al tirar delle somme, può dirsi che l'archiviazione, come segmento procedimentale più o meno articolato e, quindi, come istituto identificabile, nasce nel momento in cui lo Stato è disposto a concepire se stesso come soggetto di diritto le cui esplicazioni potestative abbiano da essere trasparenti e, dunque, controllabili ⁽²⁴⁾; nel momento in cui, in una parola, trova esplicazione concreta il cosiddetto *Rechtsstaat*.

3. L'archiviazione nei codici abrogati

Nel codice di procedura penale del 1865 manca una norma indirizzata a disciplinare la fase di accantonamento della *notitia criminis* rivelatasi infondata e l'obbligo d'esercizio dell'azione penale posto a carico del magistrato inquirente dall'art. 42, 1° comma, appare sprovvisto di strumenti atti ad assicurarne l'effettività. Questa latitudine decisionale del pubblico ministero che decida di non agire spiace a quanti avvertono in essa una possibile lesione delle prerogative dell'offeso, «spogliato del diritto d'accusa che per giustizia gli spetta» ⁽²⁵⁾, ma non seduce

⁽²⁴⁾ Nelle parole scritte da F. CARRARA (*Programma del corso di diritto criminale*, Parte gen., Lucca, 4ª ed., 1871, p. 604) a proposito del ruolo svolto dal pubblico ministero nel processo penale, si avverte, tra le righe, l'influsso del mutamento prospettico sopra illustrato: «...il pubblico ministero si è venuto in certa guisa purificando nella odierna civiltà. perché, separato affatto codesto ufficio da ogni rappresentanza della corona, e da ogni cupidigia fiscale, ha potuto assumere più nitida la divisa dell'imparzialità, considerandosi come *rappresentante della legge*».

⁽²⁵⁾ Le parole sono di F. BENEVOLO, voce *Azione penale*, in *Dig. it.*, vol. IV, parte II, Torino, 1926, p. 917. Per una critica del sistema codificato nel 1865, in quanto privo di norme che affidino all'offeso un diritto di sostituirsi al p.m., accusando in

eccessivamente neppure i pratici se il legislatore del progetto 1905 si trova ad affermare: «È nota la disputa sorta sotto l'impero della vigente legislazione intorno alla facoltà del pubblico ministero di astenersi di promuovere l'azione penale, quando si trovi dinanzi ad una denuncia o ad una querela per un fatto che stimi non contenga gli estremi di reato, o non sia sorretto da sufficienti elementi di prova. Ma prevale l'opinione che il pubblico ministero non possa troncare il procedimento senza un'ordinanza del giudice, soprattutto se occorra una valutazione di prove, ovvero se, invece di una semplice denuncia, trattisi di una querela, e più quando l'offeso siasi costituito parte civile. In pratica poi la consuetudine ha confermata questa tendenza in maniera costante; per modo che, salvo i casi in cui la querela sia sfornita di ogni serietà, raramente il pubblico ministero si perita di mandarla in archivio... senza richiedere l'ordinanza del giudice» (26).

Già il Progetto del 1905, dunque, e poi il codice di procedura penale del 1913, nell'art. 179, 2° comma, procedono sulla via della "trasparenza", istituendo il cosiddetto sistema del controllo giurisdizionale, in base al quale il pubblico ministero intenzionato a non procedere per una data notizia di reato, deve chiedere al giudice istruttore la pronunzia di un decreto conforme (27).

suo luogo laddove questo ritenga di non esercitare l'azione penale o che, comunque, consentano di rimediare alla sua inerzia v. B. ALIMENA, *Studi di procedura penale*, Torino, 1906, p. 6; V. ASCETTINO, *Del concorso della parte lesa nello svolgimento dell'azione penale*, in *Riv. Pen.*, vol. VI, 1877, 23; L. BORSARI, *Dell'azione penale*, Torino, 1866, p. 374; F. CARRARA, *Azione penale*, in *Riv. pen.*, vol. III, 1875, 5; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, cit., p. 100; G. VACCA, *Il moderno indirizzo della posizione in accusa*, in *Riv. Pen.*, vol. XIX, 1884, 337. *Contra*, in posizione favorevole o "neutra" rispetto al monopolio pubblico dell'azione penale, G. BORSANI e L. CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato*, I, Milano, 1873, 56; C. CIVOLI, *Procedura penale*, Milano, s.d., p. 44; L. MASUCCI, *L'azione penale*, in *Enc. Dir. It.*, a cura di E. Pessina, III, Milano, 1906, p. 110; F. PUGLIA, *Istituzioni di procedura penale*, Napoli, 1884, p. 73; F. SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, I, Torino, 3ª ed., 1882, pp. 64 e 502.

(26) Così la Relazione ministeriale al Progetto del 1905 (Artt. 183-185), in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di L. Mortara ed altri, parte I, vol. II, Torino, 1913, p. 139. Alla Relazione sono allegati significativi dati statistici, che rivelano come, ad es., nel biennio 1896-1898, su 100 procedimenti esauriti, solo 8,37 venissero inviati direttamente all'archivio, mentre ben 74,89 passavano preliminarmente per le mani del giudice istruttore affinché si pronunciasse sulla proposta archiviazione.

(27) Sulla disciplina dell'archiviazione nel codice di procedura penale del 1913 v.

Dura diciassette anni il sistema in discorso, sino all'entrata in vigore, in data 1930, del codice Rocco: nel suo art. 74, 3° comma, il legislatore adopera, come si è detto, per la prima volta il termine "archiviazione", allo scopo di definire quel segmento procedimentale dedicato all'accantonamento della *notitia criminis*, e ne muta, contemporaneamente, i lineamenti fondamentali.

La norma ruota attorno ad un duplice cardine definitorio, richiedendo, da un lato, che la notizia da archiviare sia manifestamente infondata e, dall'altro, che all'avvenuta archiviazione faccia seguito un'informativa inviata dal pubblico ministero procedente al suo superiore gerarchico, affinché questi possa verificare la legittimità del provvedimento e disporre, se del caso, che nonostante tutto si proceda.

Sotto l'aspetto contenutistico, la disciplina dell'archiviazione tratteggiata dall'art. 74 c.p.p. 1930 appare subito più precisa rispetto alla versione precedente, la quale, in verità, non conteneva menzione di sorta circa i criteri che avrebbero dovuto indirizzare il pubblico ministero nella scelta tra agire e archiviare ⁽²⁸⁾.

L'art. 74, 3° comma, c.p.p. 1930, invece, esprime nella sintesi semantica della "manifesta infondatezza" quel concetto di inutilità del processo che, variamente gestito dal legislatore, sta comunque alla base di qualunque provvedimento di archiviazione ⁽²⁹⁾.

B. ALIMENA, *Principii di procedura penale*, I, Napoli, 1914, p. 285; A. CORDOVA, *Commento al codice di procedura penale*, Milano, MCMXXVI, p. 122; S. LONGHI, *Commento al codice*, cit., V, 1921, p. 339; ID. *Il decreto del giudice istruttore di non doversi promuovere l'azione penale*, in *Riv. Pen.*, 1926, 16; *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Jannitti di Guyanga, Firenze, 1921, p. 335; A. RESIGNANI, *Il decreto del G.I. di non doversi promuovere l'azione penale e l'avocazione dell'istruttoria alla sezione d'accusa*, in *Scuola Positiva*, 1918, 311.

⁽²⁸⁾ Sottolineano la maggior precisione della formula contenuta nell'art. 74, 3° comma, versione originaria, E. CARNEVALE, *Il carattere del pubblico ministero e l'art. 74 del Cod. di Proc. Penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1933, I, 5; G. CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, *ivi*, 1950, 325; G. LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, *ivi*, 1951, 485.

⁽²⁹⁾ In senso analogo v. N. CARULLI, *L'archiviazione*, Milano, 1958, p. 66; G. CONSO, *Il provvedimento*, cit., 337; A.A. DALIA, *Il decreto di archiviazione*, Milano, 1968, p. 5; G. PAOLOZZI, *Sulla manifesta infondatezza della notizia di reato*, in *Riv. Pen.*, 1972, I, 484. *Contra* P. ZININI, *Sull'applicazione del decreto d'impromovibilità dell'azione penale*, in *Riv. Pen.*, 1950, I, 553, che sottolinea come la restaurazione della formula importata dal codice 1913, ad opera del D.Lgs.Lt. 14 settembre 1944, n. 288, abbia comportato un'ampiamiento della facoltà di avvalersi dell'archiviazione.

Sotto il profilo formale, viceversa, la norma semplifica notevolmente la procedura prevista dal codice 1913, sostituendo ad una fattispecie a formazione progressiva, quale quella configurata dal sistema del controllo giurisdizionale, il mero invio degli atti all'archivio, seguito – e non preceduto – da un'informativa al superiore gerarchico, unico titolare di un potere di controllo successivo sull'avvenuta archiviazione⁽³⁰⁾.

Divenuto simbolo dell'ingerenza di regime sugli affari penali, proprio a causa di quel controllo gerarchico così utile all'affossamento di processi scomodi per la dittatura⁽³¹⁾, l'art. 74, 3° comma, c.p.p. 1930 non sopravvive alla fine del regime che lo ha inventato e il D.Lgs.Lt. 14 settembre 1944, n. 288, gli sostituisce una formula frettolosamente recuperata dall'abrogato codice 1913: «Il pubblico ministero, qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Il giudice istruttore, se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone, con ordinanza, l'istruttoria formale».

Da questo sintetico quadro evolutivo della passata legislazione italiana in tema di archiviazione emerge l'immagine di un istituto mai trascurato da legislatori intenti ad innovare l'intero *corpus* codicistico e persino oggetto di rivolgimenti normativi ad esso espressamente dedicati.

⁽³⁰⁾ La Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo chiarisce come il controllo del giudice previsto dal codice 1913 avesse finito col diventare una mera tappa di *routine* senza nessuna consistenza effettiva, ovvero un motivo d'accrescimento del lavoro incombente sugli uffici giudiziari non compensato dall'effettivo valore del controllo esercitato. Cfr., in tal senso, il *Codice di procedura penale illustrato con i lavori preparatori*, a cura di R. Mangini e U. Cosentino, Roma, 1931, p. 81. In realtà, motivazioni pratiche a parte, la differente struttura dell'archiviazione, quale provvedimento sottoposto a controllo gerarchico, corrispondeva ad un'istanza che informava l'intera struttura del codice 1930, ossia l'anelito a trasformare il pubblico ministero nel *dominus* del procedimento; quello stesso pubblico ministero che, seppure dotato di poteri para-giurisdizionali, era legato da una salda catena gerarchica all'esecutivo. In tal senso v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 86.

⁽³¹⁾ V. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 1987, p. 1113; V. OLIVIERI SANGIACOMO, *L'azione penale in rapporto al decreto di archiviazione e alla sentenza istruttoria di proscioglimento*, in *Giust. Pen.*, 1947, III, 209; nonché M. SCAPARONE, voce *Pubblico ministero*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 1094. Nel senso che l'originaria versione dell'art. 74 c.p.p. 1930 fosse conformata a «principi autoritari» v. A. SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, p. 142. Per alcune recenti considerazioni sull'argomento, v. P. DE LALLA, *Idee per un complemento istruttorio del giudice nelle indagini preliminari*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, 611.

Non meno intenso è il dibattito dottrinale sul tema ⁽³²⁾, in particolare con riferimento alle norme che disciplinano l'archiviazione nel contesto del codice Rocco, e qui i motivi di tanto affanno interpretativo vanno ricercati non solo e non tanto nell'oggettiva importanza dell'istituto, quanto, piuttosto, nelle contraddizioni e nelle vacuità della complessiva disciplina codicistica.

Considerando la letteratura più recente, è facile imbattersi nel rimprovero, rivolto alla stragrande maggioranza dei contributi in tema di archiviazione, di affrontare costantemente l'argomento servendosi, come strumento gnoseologico, di un concetto non normativo, ma dogmatico, ossia il concetto di azione penale.

In particolare si rimprovera alla dottrina più diffusa di aggredire ogni problema che l'istituto presenta partendo dalla preliminare risposta al quesito se esso costituisca esercizio di azione penale e, quindi, prima ancora, dalla scelta di un concetto di azione che all'occasionale

(32) Letteratura vastissima. Tra i contributi principali G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1956, p. 34; F. CARNELUTTI, *Valore giuridico dell'archiviazione del reato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1959, 309; E. CARNEVALE, *Il carattere del p.m. e l'art. 74*, cit., 5; N. CARULLI, *L'archiviazione*, cit., *passim*; F. CORDERO, voce *Archiviazione*, p. 1025; G. CONSO, *La revoca del provvedimento di archiviazione*, in *Giur. It.*, 1948, II, 5; ID., *Il provvedimento di archiviazione*, cit., 320; ID., *Appunti sulla revoca del decreto di archiviazione*, in *Giur. It.*, 1952, II, 331; V. D'ACCARDO, *L'istituto dell'archiviazione*, in *Giust. Pen.*, 1932, IV, 174; A.A. DALIA, *Il decreto di archiviazione*, cit., *passim*; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 3^a ed., 1955, p. 116; E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, p. 203; G. FOSCHINI, *L'archiviazione*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1952, 124; E. GAITO, *Punti fermi sull'archiviazione*, in *Giust. Pen.*, 1966, I, 15; A. GRIECO, *Osservazioni sul decreto di non doversi promuovere l'azione penale*, in *Giust. Pen.*, III, 1954, 112; G. LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, cit., 485; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 6^a ed., 1958, p. 319; M. MASSA, *Il c.d. controllo del Procuratore della Repubblica sull'archiviazione disposta dal pretore e la sua legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1964, 606; E. MASSARI, *Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1948, p. 27; V. OLIVIERI SANGIACOMO, *L'azione penale in rapporto al decreto di archiviazione*, cit., 209; G. PAOLOZZI, *Sulla manifesta infondatezza della notizia di reato*, cit., 484; R. PANNAIN, *Osservazioni al D.Lgs.Lt. 14 ottobre 1944*, in *Arch. Pen.*, 1945, I, 315; B. PETROCELLI, *Azione, Istruzione, Accusa*, in *Riv. Pen.*, 1931, 226; U. PIOLETTI, *Azione penale e archiviazione*, in *Giust. Pen.*, 1938, IV, 401; D. PISAPIA, *Presupposti e limiti del decreto di non doversi procedere*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1954, 175; Gius. SABATINI, *Decreto d'impromovibilità dell'azione penale e nuova attività istruttoria*, in *Giust. Pen.*, 1954, III, 261; ID., voce *Azione penale (impromovi-*

interprete sembri in astratto preferibile o più adatto all'uso ⁽³³⁾.

È un'obiezione indiscutibilmente corretta, sia perché, di fatto, la dottrina si è per lo più basata su un concetto di azione penale aprioristicamente scelto tra i vari possibili, senza darsi carico di indagare la sua concreta rispondenza al sistema normativo di riferimento ⁽³⁴⁾, sia perché, così facendo, essa ha mutato un profilo di esegesi in questione dogmatica, trasferendo il piano della disputa sulla scelta di un concetto d'azione piuttosto che un altro. Tuttavia, occorre sottolineare un profilo della *vexata quaestio* che, seppure spesso adombrato in dottrina, non è stato forse compreso nel suo reale valore: si fa riferimento alla peculiare costruzione realizzata dal codice allo scopo di regolamentare la fase di accantonamento della *notitia criminis* infondata, costruzione contraddittoria in origine e lacunosa nella sua evoluzione, tale, dunque, da *costringere* l'interprete a cercare fuori di essa gli strumenti esegetici indispensabili per la sua applicazione pratica.

Ai sensi dell'art. 74, 3° comma, c.p.p. 1930 in versione originaria, l'invio degli atti all'archivio era condizionato all'osservanza di un limite preclusivo di carattere temporale determinato *per relationem*: dopo la richiesta d'istruttoria formale o del decreto di rinvio a giudizio, il provvedimento di archiviazione diventava impossibile e l'eventuale inutilità del procedere avrebbe dovuto venir constatata mediante sentenza istruttoria di proscioglimento (art. 378 c.p.p. 1930). La lettera dell'art. 74 c.p.p. 1930, apparentemente chiara, nascondeva, però, un problema: mentre, infatti, secondo la generale costruzione codicistica, il segmento procedimentale unitario, costituito dagli atti d'istruzione preliminare, poteva evolversi nelle due differenti direzioni dell'istruttoria

bilità della), in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1968, p. 72; P. ZINITI, *Sull'applicazione del decreto d'impromovibilità dell'azione penale*, cit., 553.

⁽³³⁾ Cfr., in tal senso, G. CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, cit., 349; A.A. DALIA, *Il decreto legislativo*, cit., p. 13; E. GAITO, *Punti fermi sull'archiviazione*, cit., 19; G. PAOLOZZI, *Sulla manifesta infondatezza*, cit., 410.

⁽³⁴⁾ Questo tipo di obiezione è portato alla dottrina dominante particolarmente da P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, Napoli, 1966, p. 116, a detta del quale il problema non consiste tanto nella necessità di abbandonare il concetto di azione, quale strumento idoneo a chiarire i molteplici problemi sollevati dall'istituto dell'archiviazione, quanto piuttosto nella necessità di dimenticare l'azione-dogma per ricostruirne un concetto vincolato ai dati normativi.

formale o della sommaria ⁽³⁵⁾, culminanti, a loro volta, in una richiesta di proscioglimento o di rinvio a giudizio, l'art. 74, 3° comma, nominava solo il primo degli esiti predetti, trascurando completamente l'istruzione sommaria. La Relazione al Progetto definitivo del codice di procedura penale del 1930 chiariva poi come l'esclusione in discorso fosse voluta, ed anzi preordinata ad uno scopo preciso, quello di lasciare il pubblico ministero arbitro delle sorti della *notitia criminis* da lui indagata sino al termine dell'istruzione sommaria, senza che la magistratura giudicante dovesse venire necessariamente coinvolta, mediante sentenza istruttoria di proscioglimento, nella necessità di bloccare l'ulteriore decorso di un processo rivelatosi inutile ⁽³⁶⁾. Insomma, il legislatore del 1930, tutto compreso da quella mistica dell'Autorità ⁽³⁷⁾ di cui il pub-

⁽³⁵⁾ Cui occorre aggiungere gli spazi applicativi riservati a giudizio direttissimo e decreto penale di condanna, dilatati notevolmente, rispetto all'originaria struttura del codice, dalla legislazione di guerra, prima, e da una nutrita serie di leggi speciali, poi. L'introduzione, in particolare, di numerose ipotesi di giudizio direttissimo c.d. obbligatorio avevano progressivamente ridotto l'autonomia decisionale del pubblico ministero nella scelta del rito e, quindi, nella forma d'esercizio dell'azione penale, nonché creato un certo disorientamento interpretativo relativamente al problema della conciliabilità tra direttissimo "obbligatorio" e procedimento giurisdizionale di controllo sull'archiviazione. Sull'argomento v. O. CAMPO, voce *Giudizio direttissimo*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 1004; A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, ediz. 1980, p. 260 e ss.; ID., voce *Giudizio direttissimo*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, p. 1; G.D. PISAPIA, *Archiviazione e reati commessi a mezzo stampa*, in *Temì*, 1972, 126. Sul procedimento per decreto e, in particolare, sui motivi che hanno condotto all'ampliamento del suo campo d'applicazione, v. G. PAOLOZZI, *Il procedimento alternativo per decreto penale*, Milano, 1988, p. 14.

⁽³⁶⁾ Nella Relazione al Re (in *Codice di procedura penale illustrato*, cit., p. 82) si legge testualmente: «L'archiviazione può avvenire sino a che il pubblico ministero non ha investito dell'azione penale il giudice, con la richiesta d'istruzione formale o del decreto di citazione a giudizio. Fino a questo momento il pubblico ministero conserva l'assoluto dominio dell'azione penale, e perciò è razionale che mantenga la facoltà di non richiedere l'intervento della garanzia giurisdizionale quando si avvede della fondatezza dell'incolpazione, anche dopo aver compiuto atti d'istruzione sommaria, compresa l'emissione di ordini di cattura, d'accompagnamento o di comparizione. Nonostante il compimento di questi atti, il giudice non è stato ancora investito dell'azione penale e quindi non è necessario l'intervento del giudice per dichiarare che non si deve procedere».

⁽³⁷⁾ Paradigmatiche le parole contenute nella Relazione del Guardasigilli al Progetto Preliminare del Codice di procedura penale del 1930 (in *Codice di procedura penale illustrato*, cit., p. 1) e indirizzate ad illustrare gli scopi della riforma: «Nel pro-

blico ministero doveva essere rappresentante nel processo, aveva trascurato un dettaglio: rendere possibile l'archiviazione sino alla fine dell'istruttoria sommaria significava lasciare il pubblico ministero arbitro di scegliere tra due provvedimenti liberatori dall'indole profondamente diversa, ovvero, da un lato, l'invio della pratica in archivio, atto proprio dell'organo dell'accusa privo di ogni efficacia preclusiva e, dall'altro, la sentenza istruttoria di proscioglimento, atto giurisdizionale, rimovibile solo mediante apposito procedimento e dietro condizione della sopravvenienza di nuove prove (art. 402 e ss. c.p.p. 1930) ⁽³⁸⁾.

Sin dall'entrata in vigore del codice, la dottrina aveva posto in rilievo l'incongruenza, traendo, però, conclusioni antitetiche, a seconda che si ritenesse opportuno rispettare il dettato normativo ⁽³⁹⁾, ovvero che lo si saltasse a piè pari, rinnegando l'astrusità di una disciplina apertamente contraddittoria ⁽⁴⁰⁾.

L'entrata in vigore del D.Lgs.Lt. 14 settembre 1944, n. 288, non

getto, tutti gli istituti processuali sono pienamente informati ai principi fondamentali fissati dalla Rivoluzione spirituale, che creò il presente Regime politico. Le applicazioni processuali delle dottrine demo-liberali, per cui l'individuo è posto contro lo Stato, l'Autorità è considerata insidiosa sopraffattrice del singolo e l'imputato, quando anche sorpreso in flagranza, è presunto innocente, sono del tutto eliminate, insieme a quella generica tendenza favorevole per i delinquenti, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso, che ha tanto indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità». Sulla mistica autoritaria del codice Rocco v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 1109; U. DINACCI, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*, Napoli, 1984, p. 84 e *passim*; A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive d'indagine*, in *Giust. Pen.*, 1975, III, 513.

⁽³⁸⁾ Si prescinde, per il momento, dal prendere in considerazione quelle teorie che, a volte partendo da presupposti completamente diversi e addirittura antitetici, mirano a dimostrare l'assoluta equivalenza dei due provvedimenti "archiviazione" e "sentenza istruttoria di proscioglimento". Per un aspetto particolare della problematica v. comunque già G. DI TROCCHIO, *Sentenza contro ignoti e mezzi d'impugnazione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1977, 388.

⁽³⁹⁾ Così U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, I, Milano, 1932, p. 28; A. DE MARSICO, *Lezioni*, cit., p. 72; V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 319; B. PETROCELLI, *Azione, Istruzione, Accusa*, cit., 237; U. PIOLETTI, *Azione penale*, cit., 414.

⁽⁴⁰⁾ Così V. D'ACCARDO, *L'istituto dell'archiviazione*, cit., 177, che sottolinea anche come il fatto che il pubblico ministero possa archiviare, pure dopo aver emesso ordini di cattura, d'accompagnamento o di comparizione, contrasta apertamente col fondamento dell'archiviazione, ossia quella manifesta infondatezza che è geneticamente inconciliabile con i sufficienti indizi necessari all'emissione degli ordini suddetti.

migliorava di molto la situazione, né, per conseguenza, mutava i termini del dibattito dottrinale, limitandosi a sostituire una norma poco perispicua nella sua connessione col contesto codicistico, con una assolutamente silente sul *punctum dolens* ⁽⁴¹⁾.

Insomma, se pure la corretta esegesi di un testo legislativo impone all'interprete, come regola fondamentale, quella di non sovrapporre concetti dogmatici astratti alla base normativa di riferimento, è anche vero che l'art. 74 c.p.p. 1930, tanto nella versione originaria, quanto e ancor più in quella datata 1944, non consentiva assolutamente il rispetto di quella regola, con una conseguenza ulteriore: la disciplina dell'archiviazione, invece di recare «un contributo alla soluzione del problema relativo al momento e al modo in cui s'inizia l'azione penale» ⁽⁴²⁾, diventava *essa stessa* fattore problematico, da chiarire mediante l'ausilio proprio del concetto di azione penale. Concetto astratto, ovviamente, visto che non ve n'era uno legislativo a cui ricorrere ⁽⁴³⁾.

Così, quanti aderivano ancora fedelmente all'idea dell'azione quale diritto o potere di chiedere una decisione sull'*opinio delicti* espressa dal pubblico ministero – quanti, cioè, attribuivano all'azione un conte-

⁽⁴¹⁾ Si richiama in questa sede il testo dell'art. 74, 3° comma, c.p.p. 1930 nella versione post-1944: «Il pubblico ministero, qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Il giudice istruttore, se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone con ordinanza l'istruttoria formale». Come si nota, manca completamente ogni riferimento e al criterio in base al quale decidere o meno per l'archiviazione (la c.d. manifesta infondatezza), e al limite preclusivo oltre il quale al pubblico ministero non era più consentito archiviare.

⁽⁴²⁾ Così V. OLIVIERI SANGIACOMO, *L'azione penale*, cit., 212. Affermazione isolata. Per lo più, come già si è posto in evidenza, la dottrina ha considerato l'azione penale come uno strumento integrativo rispetto alla disciplina dell'archiviazione.

⁽⁴³⁾ Sembra abbastanza utopica l'idea di P. DE LALLA (*Il concetto legislativo*, cit., p. 116), che mira a risolvere ogni problema esegetico in tema di azione penale e archiviazione partendo da una corretta opera interpretativa delle norme codicistiche, in quanto vissute alla luce del principio costituzionale di obbligatorietà. Anzitutto, secondo l'autore, il principio in discorso creerebbe «un automatismo logico legislativo fra conoscenza della *notitia criminis* da parte del p.m. e inizio dell'azione penale ad opera dello stesso», cosicché l'intera istruzione preliminare verrebbe a rientrare nel concetto di azione e, quindi, ad essere caratterizzata dall'obbligatorietà voluta dalla Carta fondamentale. In un quadro del genere, la richiesta d'invio degli atti all'archivio si risolve in una forma non di «promovimento», ma di «proseguimento» dell'azione, revocabile sì, ma non meno di quanto lo sia la stessa sentenza di non

nuto concreto ⁽⁴⁴⁾ – escludevano senza incertezze che il provvedimento di cui all'art. 74, 3° comma, c.p.p. 1930 potesse essere una forma d'esercizio dell'azione, dato che esso si risolveva nel constatare l'inutilità originaria del processo ⁽⁴⁵⁾.

luogo a procedere. Quanto ai criteri atti a distinguere i due provvedimenti e a stabilire quando usare l'uno e quando usare l'altro «è in verità il caso di appellarsi alla prassi, dato che in nessun modo la logica relazionale dell'ordinamento ci viene in aiuto... non esistono cioè delle fattispecie concrete in cui si richiede l'archiviazione ed altre, diverse, in cui si richiede il proscioglimento... i casi giudiziari in cui si concedono i due provvedimenti sono praticamente gli stessi. L'unica differenza pratica sull'opportunità dell'uno e dell'altro attiene alla valutazione dell'evidenza o meno della prova che esclude la punibilità». Senza voler esaminare punto per punto le idee dell'autore, sembra necessario mettere in rilievo, per prima cosa, come l'automatismo immediato, da questi proposto, tra notizia di reato ed esercizio dell'azione, corrisponde ad una visuale del fenomeno-obbligatorietà non solo irrealizzabile nelle condizioni sociali date, ma addirittura utopistica, a meno di non volerne concepire l'applicazione in un aggregato umano delle dimensioni e della problematicità della *πόλις* greca. Inoltre, trasformare l'archiviazione in una forma di proseguimento dell'azione penale non sembra utile a risolvere problema di sorta, visto e considerato che, anzi, lo stesso autore avvisa non esserci a suo dire, nessun criterio utile a discernere i casi in cui occorre chiedere l'archiviazione da quelli in cui chiedere, invece, la sentenza di non luogo a procedere. La complicata tesi dell'autore sembra servire solo per una conclusione che proclami la necessità di affidarsi al discernimento dei pratici.

⁽⁴⁴⁾ Qui occorre specificare: la dottrina processualcivilistica adopera le contrapposte espressioni "concretezza e astrattezza" per alludere alla persistenza o meno di un legame tra diritto d'azione e diritto sostanziale, dimodoché, per i sostenitori dell'azione in senso astratto, essa è un diritto spettante a chiunque di rivolgersi al giudice, a prescindere dalla fondatezza della sua pretesa, mentre, per i sostenitori della concretezza, il diritto d'azione spetta solo a colui che ha ragione contro chi ha torto (per una limpida spiegazione di questo profilo v. G. GUARNERI, voce *Azione penale (diritto processuale penale)*, in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1968, p. 66). La dottrina processualpenalistica, dal canto suo, adopera le espressioni suddette in senso leggermente diverso, mirando con esse ad indicare il fatto che l'azione penale consista in una richiesta di condanna (azione concreta) oppure in una mera pretesa di giurisdizione, domanda di un provvedimento qualsiasi (azione astratta). In tal senso, limpida l'esposizione di G. LEONE, voce *Azione penale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 853.

⁽⁴⁵⁾ Traggono questa conclusione partendo dall'assunto originario del carattere imputativo dell'azione penale V. D'ACCARDO, *L'istituto dell'archiviazione*, cit., 174; A. DE MARSICO, *Lezioni*, cit., p. 23; A. GRIECO, *Osservazioni sul decreto*, cit., 113; V. OLIVIERI SANGIACOMO, *L'azione penale*, cit., 212; U. PIOLETTI, *Azione penale e archiviazione*, cit., 413. Giungono identicamente a concludere che l'archiviazione non rappresenti esercizio dell'azione penale, ma sulla base delle differenze strutturali esistenti tra il provvedimento in discorso e la sentenza istruttoria di proscioglimento F. CORDERO, voce *Archiviazione*, cit., p. 1027; G. FOSCHINI, *L'archiviazione*, cit., 124; E. GAITO, *Punti fermi*, cit., 19; G.D. PISAPIA, *Presupposti e limiti del decreto*, cit., 177.

Nel contesto dell'orientamento in esame, archiviazione e azione rappresentavano comportamenti opposti e reciprocamente incompatibili, consistendo, l'uno, in un provvedimento certificante l'inutilità del processo, e l'altro, viceversa, in atti contenenti un'imputazione, mediante i quali il pubblico ministero esprimeva il proprio convincimento circa la fondatezza dell'accusa. Il momento del passaggio dagli accertamenti preliminari all'inizio dell'istruzione sommaria, evidenziato dal compimento dei suddetti atti – quali che fossero – costituiva, per la teoria in discorso, il momento in cui si esercitava l'azione penale e, contemporaneamente, diveniva impossibile la richiesta d'archiviazione: l'unico epilogo assolutorio consentito, anche in sede d'istruzione sommaria, rimaneva, così, la sentenza istruttoria di proscioglimento ⁽⁴⁶⁾.

Chi, viceversa, accedeva all'idea dell'azione in senso astratto, quale generica richiesta di una decisione purchessia, ne traeva la conseguenza che il decreto d'archiviazione rappresentasse una tra le possibili forme d'esercizio dell'azione penale ⁽⁴⁷⁾. Il discrimine applicativo tra decreto d'archiviazione e sentenza istruttoria di proscioglimento veniva individuato, in questo contesto, rintracciando ancora una volta un limite, precludente l'uso del decreto *ex art. 74, 3° comma, c.p.p.*, nel passaggio dagli «atti d'istruzione preliminare... alla vera e propria fase istruttoria o con inizio d'istruzione sommaria ovvero con richiesta di istruzione formale» ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. per tutti, con notevole chiarezza, A. GRIECO, *Osservazioni sul decreto*, cit., 116.

⁽⁴⁷⁾ Così G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale*, cit., p. 34; N. CARULLI, *L'archiviazione*, cit., p. 42; G. CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, cit., 331; P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 132; G. GUARNERI, voce *Azione penale*, cit., p. 66; G. LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, cit., 489; ID., voce *Azione penale*, cit., p. 853; E. MASSARI, *Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1948, p. 15; Gius. SABATINI, voce *Azione penale (impromovibilità della)*, in *Novissimo. Dig. It.*, II, Torino, 1968, p. 76. A sè stante la posizione di G. UBERTIS, voce *Azione penale*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 6, il quale, nonostante la sua recisa propensione per l'azione "astratta", esclude che il provvedimento *ex art. 74, 3° comma, c.p.p. 1930* possa essere considerato una forma di esercizio dell'azione medesima.

⁽⁴⁸⁾ Così Gius. SABATINI, voce *Azione penale (impromovibilità della)*, cit., p. 75. Analoga la conclusione di G. CONSO, *Il provvedimento d'archiviazione*, cit., 356, che sottolinea "l'euritmia" della proposta ricostruttiva in discorso rispetto all'intero sistema del codice.

Al di là delle posizioni staticamente catalogate, si rinvenivano motivi differenti che inducevano la dottrina a schierarsi in un senso piuttosto che nell'altro: chi collocava, infatti, l'esercizio dell'azione penale in un momento antecedente alla richiesta d'archiviazione, riteneva che fosse il dettato costituzionale dell'obbligatorietà a indurre necessariamente un automatismo inscindibile tra conoscenza della *notitia criminis* da parte del pubblico ministero e inizio dell'azione, svalutando del tutto la lettera dell'art. 74, 3° comma, versione 1944, ai sensi del quale il promovimento dell'azione era mossa alternativa rispetto all'invio degli atti in archivio ⁽⁴⁹⁾.

Su una nullificazione pressoché completa della lettera normativa si fondavano anche quelle teorie che adottavano il concetto astratto di azione penale e, conseguentemente, ritenevano il suo promovimento coincidente pure con la richiesta d'archiviazione, motivando tale schema ricostruttivo con la necessità di mantenere inviolato il canone accusatorio "*ne procedat iudex ex officio*".

Secondo l'orientamento in discorso, infatti, il sistema del cosiddetto controllo giurisdizionale, reintrodotta nel 1944, avrebbe provocato una sicura deroga del principio laddove il giudice istruttore, dissentendo dalla prospettazione fornita dal pubblico ministero con la richiesta d'invio degli atti in archivio, avesse disposto l'istruttoria formale.

L'unico rimedio possibile all'inconveniente sarebbe consistito appunto nel ritenere l'azione penale promossa al momento del primo contatto tra pubblico ministero e giudice, anche se questo primo contatto si risolveva in una richiesta d'archiviazione ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ È questa l'impostazione di P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 118, di cui si sono già chiariti i termini. (V. *retro* nota 43).

⁽⁵⁰⁾ Aderiscono a questa tesi, sostenendo l'assoluta intangibilità del canone, G. GUARNERI, voce *Azione penale*, cit., p. 67; G. LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, cit., 491; Gius. SABATINI, voce *Azione penale*, cit., p. 76; in posizione eclettica G.D. PISAPIA, *Presupposti e limiti*, cit., 178, il quale, pur non considerando, di per sé, l'archiviazione come una forma d'esercizio dell'azione penale, ritiene, però, che l'unico mezzo per non violare il *ne procedat* consisterebbe nel ritenere la richiesta del pubblico ministero come un "promovimento condizionato dell'azione", condizionato, cioè al fatto che il giudice istruttore dissenta dai propositi dell'organo d'accusa, disponendo, per conseguenza, l'istruttoria formale. In posizione estremamente critica contro l'orientamento dottrinale appena esposto troviamo quegli autori i quali considerano assurda l'idea di violare, in nome di un principio astratto, non solo la

Il prezzo che pagavano i fautori dell'orientamento in discorso, per tutelare la sopravvivenza del *ne procedat* in quel dato contesto procedimentale, era, comunque, assai alto: nella sua formulazione estrema e, in fondo, più conseguente, esso portava, infatti, a parificare il provvedimento d'archiviazione alla sentenza istruttoria di proscioglimento, risolvendo, dunque, il problema dei casi in cui applicare l'uno o l'altro, nella proposta di eliminare il primo, quale inutile duplicato, in altre parole trasformando un problema *de iure condito* in prospettiva *de iure condendo* ⁽⁵¹⁾. Oltretutto, il sistema ricostruttivo in discorso, auspicando il depennamento dell'archiviazione dal codice di procedura, sembrava non tenere in conto alcuno «proprio l'essenziale funzione di garanzia per l'individuo che questo istituto è destinato ad assolvere, con l'evitargli il peso e il trauma di un procedimento che appare superfluo» ⁽⁵²⁾.

È interessante notare come, nello "scapigliato" sovrapporsi di teorie sull'archiviazione, è sempre esistita una zona franca, un settore argomentativo al cui proposito la stragrande maggioranza degli interpreti mostrava sostanziale univocità di vedute, ed è proprio sulla necessità di *conservare* la distinzione tra decreto *ex art. 74, 3° comma, c.p.p.* e sentenza istruttoria di proscioglimento, in quanto provvedimenti fun-

lettera della norma, ma anche e soprattutto la logica delle cose, che vede nella decisione d'inviare gli atti all'archivio e in quella di esercitare l'azione penale le due facce opposte di una stessa medaglia, ovvero comportamenti reciprocamente incompatibili in quanto escludentisi a vicenda. Così, icasticamente, F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 60: «hanno paura di dire che il giudice istruttore, quando dissente dalla richiesta del pubblico ministero, instaura il processo *ex officio*. Non si capisce perché un fatto del genere debba essere considerato con sgomento e scandalo, ma queste erano le reazioni. Per alcuni la deroga al *ne procedat iudex ex officio* rappresenta la rottura di un equilibrio metafisico; urgeva, dunque, ricordare la regola immaginaria con l'art. 74, 3° comma». In posizione analoga v. pure G. FOSCHINI, *L'archiviazione*, cit., 124; A. GRIECO, *Osservazioni sul decreto*, cit., 114; nonché, nella dottrina di più recente formazione, A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, cit., p. 265, che sostiene come al famoso canone «potrebbe negarsi... validità di dogma assoluto, riconoscendovi soltanto il valore di criterio generalissimo e tendenziale, sistematicamente utile e perciò tutt'altro che inderogabile».

⁽⁵¹⁾ Così G. LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, cit., 497. Per la completa identificazione dei due provvedimenti cfr. pure N. CARULLI, *L'archiviazione*, cit., p. 118.

⁽⁵²⁾ V. M. MASSA, *Il c.d. controllo del procuratore della Repubblica*, cit., 607, n. 1.

zionalmente destinati a svolgere ruoli diversi nell'unico contesto procedimentale.

Così, tanto coloro che negavano l'archiviazione quale forma di esercizio dell'azione penale, quanto coloro che, invece, insistevano nell'indirizzo opposto, giungevano attraverso strade differenti, a collocare ciascun provvedimento in una nicchia applicativa autonoma, mettendo in rilievo, ora la necessità di mantenere il valore garantistico insito nel decreto d'impromovibilità dell'azione ⁽⁵³⁾, ora l'esigenza logica di negare ad esso identità di ruolo ⁽⁵⁴⁾ ed efficacia con la sentenza istruttoria di proscioglimento ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Così A.A. DALIA, *Il decreto di archiviazione*, cit., p. 78, notando come la sentenza istruttoria di proscioglimento produca «effetti nei confronti dell'imputato, effetti che si ripercuotono anche sulla posizione del prosciolto di fronte alla società. A parte la menzione della sentenza nel certificato penale rilasciato a richiesta sia dei privati sia delle autorità aventi giurisdizione penale e delle amministrazioni pubbliche... ed a parte la considerazione che qualsiasi proscioglimento e qualsiasi formula possono essere presi in considerazione, ai fini della capacità a delinquere... la sentenza di proscioglimento istruttorio con formula piena incide sulla capacità di rendere la testimonianza.» Dinanzi a tali non indifferenti effetti l'autore conclude deducendone che la ragion d'essere dell'istituto archiviazione va rintracciata nell'«...eliminazione della notizia di reato manifestamente infondata senza che essa possa produrre un danno, anche soltanto riflesso, alla reputazione, alla dignità, alla libertà dell'individuo.». Cfr. pure, in tal senso, G. PAOLOZZI, *Sulla manifesta infondatezza*, cit., 510.

⁽⁵⁴⁾ Così, con chiarezza, G. CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, cit., 355; ID., *Appunti sulla revoca del decreto*, cit., 332; F. CORDERO, voce *Archiviazione*, cit., p. 1027; G. FOSCHINI, *L'archiviazione*, cit., 123; E. GAITO, *Punti fermi sull'archiviazione*, cit., 20; A. GRIECO, *Osservazioni sul decreto*, cit., 120; V. OLIVIERI SANGIACOMO, *L'azione penale*, cit., 211; GIUS. SABATINI, voce *Azione penale*, cit., p. 78.

⁽⁵⁵⁾ La questione attinente all'efficacia del provvedimento di archiviazione costituiva, in effetti, un ulteriore "nodo" nella disciplina legislativa dell'istituto, del tutto silente sull'argomento. Contro un orizzonte dottrinale e giurisprudenziale incline a privare di qualsiasi efficacia preclusiva il decreto ex art. 74, 3° comma, considerato revocabile ogniquale volta il pubblico ministero avvertisse l'esigenza di riaprire le indagini, si stagliava netta, ma isolata, l'opinione di chi attribuiva al provvedimento in questione soprattutto un valore garantistico nei confronti dell'indagato e, solo in seconda linea, quello di strumento atto ad evitare lavoro giudiziario superfluo. Conseguenza: si riteneva indispensabile alla legittimità della revoca del decreto, la sopravvenienza di un *novum* probatorio analogo a quello richiesto per riaprire l'istruzione inficiando la sentenza di non luogo a procedere (art. 402 c.p.p. 1930). Cfr. in tal senso G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., p. 860; A.A. DALIA, *Il decreto di archiviazione*, cit., p. 136, che sottolinea come l'entrata in vigore del D.Lgs.Lt. 14 settembre 1944, n. 288 avrebbe rafforzato la funzione di garanzia propria dell'archiviazione,

Tracciati dalla mano veloce che si offre, di solito, alla prospettiva storica, i lineamenti dell'archiviazione rivelano un istituto sfaccettato, ricco di profili importanti, alcuni sviscerati e discussi nell'infinita sequela dei dibattiti dallo sfondo dogmatico – ad esempio in merito alla cosiddetta “natura dell'archiviazione” – altri meramente sfiorati ad un livello quasi-subliminale, come accade per tutto ciò che riguarda il ruolo della vittima nell'*iter* di un decreto che è effettiva, benché revocabile, liberazione dell'indagato da ogni sospetto ⁽⁵⁶⁾.

Ciò che se ne ricava ad arricchimento del concetto di azione penale – o, per meglio dire, ad evitare troppo facili fraintendimenti, dell'istituto-azione penale – è quasi nulla, visto che di quel concetto la dottrina è stata costretta a servirsi come strumento esegetico nei confronti di una disciplina normativa innegabilmente lacunosa.

Dell'azione penale, quale configurata dal codice 1930, può dirsi ben poco, oltre che era obbligatoria, quanto all'esercizio, praticamente riservata al pubblico ministero e, salvo i casi eccettuati, irretrattabile. Di più quel codice non consentiva di affermare con certezza; neppure se l'archiviazione costituisse, rispetto ad essa, alternativa legislativamente prefigurata.

4. *Il progetto preliminare del 1978*

L'idea di una riforma *ab imis* del sistema processuale penale – pur se compiutasi solo con l'entrata in vigore, nel 1989, del testo codicisti-

creando, nel giudice istruttore, un ruolo di garante nei confronti della provvedimento liberatorio a favore dell'indagato. Per un efficace panorama di sintesi della dottrina e giurisprudenza sull'argomento v. G.P. VOENA, *Sulla revoca del decreto d'archiviazione*, in *Cass. Pen.*, 1975, 1143.

⁽⁵⁶⁾ Per alcuni interessanti spunti in tal senso v. G. GUARNERI, voce *Azione penale*, cit., p. 68; G. LEONE, *Linee generali di una riforma del processo penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1948, 219; G. UBERTIS, voce *Azione penale*, cit., p. 5, notando come «anche per chi abbia inoltrato all'autorità giudiziaria una *notitia criminis* qualificata, non è prevista alcuna forma di sollecitazione all'intervento di altri organi in caso di inerzia di quello obbligatoriamente deputato ad agire, né alcuna modalità di partecipazione al procedimento nell'ipotesi di archiviazione né alcuna comunicazione di quest'ultima, né tanto meno una qualsiasi forma di reclamo contro il provvedimento con cui essa fosse disposta».

co attualmente vigente – risale a tempi ormai lontani; per la precisione a quel 2 gennaio 1945 in cui il Governo dell'Italia non ancora completamente liberata dalle forze di occupazione, istituiva, con decreto, una Commissione incaricata di procedere alla riforma del codice 1930 ⁽⁵⁷⁾.

La prospettiva di un rinnovamento radicale cade subito, affossata dalla mancanza di volontà politica e dall'urgenza delle riforme ⁽⁵⁸⁾, ma l'idea resta viva, e tale appare nel Convegno del 1961 sull'Isola San Giorgio di Venezia, il cui frutto doveva essere l'insediamento di una nuova Commissione, sotto la presidenza di Francesco Carnelutti, incaricata di procedere alla riforma del codice di procedura penale ⁽⁵⁹⁾.

La sorte del Progetto Carnelutti è, però, inesorabilmente segnata dal suo eclatante “avanguardismo”: l'aperta adozione di uno schema processuale di stampo angloamericano, «senza una vera istruzione, o meglio con una fase preliminare priva di ogni incidenza sul dibattimento» ⁽⁶⁰⁾ suscita il rigetto di una mentalità nonostante tutto non ancora pronta ad accogliere un distacco troppo deciso dal taglio sistematico del processo misto. I successivi disegni di leggi-delega per l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale recano l'impronta di quel primo insuccesso, contrassegnati come sono da un atteggiamento estremamente cauto, quando non riluttante alla sperimentazione di istituti “troppo” estranei alla tradizione processuale italiana. Dal cosiddetto progetto Bosco, datato 1963, sino a quella legge 3 aprile 1974, n. 108, che doveva delegare al Governo i poteri per la redazione del Progetto preliminare del 1978, il legislatore parla, sì, ancora di «introduzione dei caratteri propri del sistema accusatorio» ⁽⁶¹⁾, ma è – e si vede – un

⁽⁵⁷⁾ Così G. CONSO, *Precedenti storici ed iter della legge n. 108 del 1974*, in *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, I, Padova, 1989, p. 3.

⁽⁵⁸⁾ V., in tal senso, G. CONSO, *Precedenti storici*, cit., p. 4; F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 87.

⁽⁵⁹⁾ V., in proposito, F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1963. Per un quadro generale delle differenti istanze riformiste nella loro evoluzione, v. G. LEONE, *Intorno alla riforma del codice di procedura penale*, Milano, 1964.

⁽⁶⁰⁾ Così G. CONSO, *Precedenti storici*, cit., p. 6. Sull'argomento v. anche l'interessante esposizione “a volo d'aquila” contenuta nelle pagine di M. NOBILI, *Prove «a difesa» e investigazioni di parte nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, 398.

⁽⁶¹⁾ Per questa ricorrente espressione v. i vari disegni di legge-delega, succedutisi dal 1963 al 1974 e riportati da G. CONSO, *Precedenti storici*, cit., p. 8 e ss.

vero "accusatorio all'italiana", ben radicato nella centralità dell'istruttoria pre-dibattimentale affidata all'omonimo giudice ⁽⁶²⁾.

In materia di azione penale e archiviazione, le cose mutano poco durante quell'arco di tempo: il controllo giurisdizionale sull'attività del pubblico ministero, intenzionato ad inviare gli atti in archivio, è *leitmotiv* che accompagna ogni disegno di legge-delega ⁽⁶³⁾, così come la dichiarata finalizzazione delle attività d'indagine preliminare compiute dall'organo dell'accusa, non più alla raccolta di materiale probatorio adoperabile in dibattimento, bensì «all'esigenza di formulazione dell'imputazione» ⁽⁶⁴⁾ e nulla più.

È una disciplina sintomatica per una certa cultura: in essa si traduce uno dei "punti caldi" della riforma annunciata, ossia la volontà di ridimensionare un organo – il pubblico ministero – che aveva visto, nel codice del 1930, i propri poteri ampliati sino a farne un'entità anomala, paragiurisdizionale ⁽⁶⁵⁾. Ma in quella regolamentazione si traduce pure il limite estremo dello spirito innovatore: l'attività demonizzata, e quindi compressa entro limiti eziologici nonché, successivamente, anche temporali ⁽⁶⁶⁾, del pubblico ministero, viene sostituita con quella, postulata equanime, del giudice istruttore.

Insomma, l'esercizio dell'azione non contraddistingue ancora, come avverrà nel codice 1988, l'entrata del procedimento in una fase di pie-

⁽⁶²⁾ Cfr., in tal senso, V. GREVI e G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto del 1978*, in *Il nuovo codice*, cit., I, p. 89; G. MANCUSI BARONE, *Istruttoria e nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1979, I, 183. Sulle peculiarità dell'istruttoria, quale configurata dal progetto preliminare del 1978 v. pure *Artt. 413-439*, a cura di G. Conti, in *Il nuovo codice*, cit., I, p. 983.

⁽⁶³⁾ V. in proposito G. CONSO, *Precedenti storici*, cit., p. 11 e ss.

⁽⁶⁴⁾ Tale il tenore dell'art. 2, punto 19, del c.d. progetto Reale, presentato alla Camera dei deputati nell'aprile del 1965. Cfr. G. CONSO, *Precedenti storici*, cit., p. 10.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., in tal senso, V. GREVI e G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto*, cit., p. 112; sull'argomento v. pure G. CONSO, *Sul temuto depotenziamento del pubblico ministero*, in *Giust. Pen.*, 1978, I, 360; ID., *P.M. «parte» e G.I. «terzo» nei limiti consentiti da un sistema di accentuata, non completa, accusatorietà*, *ivi*, 455; G. MANCUSI BARONE, *Istruttoria e nuovo processo*, cit., 183.

⁽⁶⁶⁾ Nel testo del disegno di legge n. 380, presentato alla Camera dei Deputati in data 5 settembre 1968, e uscito dalla Commissione Giustizia di quella Camera con cospicue integrazioni, l'art. 2, punto 25 prevede, per la prima volta, l'obbligo del pubblico ministero di scegliere, entro quaranta giorni dalla notizia di reato, tra archiviazione, giudizio immediato o richiesta di istruzione all'omonimo giudice. V. il testo del disegno di legge in G. CONSO, *Precedenti storici*, cit., p. 23.

no e reale contraddittorio della parti dinanzi al giudice imparziale, ma postula ancora possibile il compimento di una fase "istruttoria", deputata alla raccolta di materiale probatorio pienamente idoneo a trasmettere nel dibattimento.

Lo schema ora descritto è chiarissimo nel Progetto preliminare del 1978: ai sensi dell'art. 337 «Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono... le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale...». Secondo l'art. 377, 1° comma, prog. prel. c.p.p. 1978, poi, la possibilità di prendere quelle determinazioni è compresa entro un limite temporale: «Il pubblico ministero, entro trenta giorni dalla notizia di reato, qualora non debba richiedere l'archiviazione, formula l'imputazione e presenta al giudice istruttore richiesta di giudizio immediato o di atti d'istruzione». A termine scaduto – continua la previsione dell'art. 377, 6° comma, prog. prel. c.p.p. 1978 – gli atti d'indagine eventualmente compiuti cadono sotto la mannaia dell'inutilizzabilità.

Che il passaggio alla fase istruttoria, al volgere dei trenta giorni, e quindi dopo l'eventuale esercizio dell'azione penale, diverrebbe la costante del sistema processuale penale delineato dal Progetto del 1978, è quanto argomentano, non a torto, i primi commentatori ⁽⁶⁷⁾. La brevità del tempo d'indagine lasciato al pubblico ministero, e la grave comminatoria dell'inutilizzabilità, sembrano rendere pressoché scontato l'affidamento al giudice istruttore delle attività lasciate in sospeso dal pubblico ministero; i casi di giudizio immediato, ovvero senza mediazione di una fase istruttoria predibattimentale, paiono destinati ad essere *de facto* l'eccezione che conferma una regola.

⁽⁶⁷⁾ V., in tal senso, G. MANCUSI BARONE, *Istruttoria e nuovo processo*, cit., p. 183; N. RESTIVO, *L'accusa nel nuovo codice di procedura penale: rapporti tra il pubblico ministero e il giudice istruttore*, in *Giust. Pen.*, 1978, I, 353, sottolineando come «la preclusione temporale (30 giorni) assieme alla deprivatione di poteri decisivi diretti, renderà assai sparuto il novero delle inchieste preliminari esaurienti». Cfr. pure, in senso analogo, il parere dell'Avvocatura generale dello Stato sul Progetto preliminare del 1978, in *Artt. 377-386*, cit., a cura di G. Conti, p. 904. *Contra*, nel senso che il termine di trenta giorni non sia in grado di pregiudicare l'efficienza delle indagini affidate al pubblico ministero, v. G. CONSO, *Sul temuto depotenziamento*, cit., 362; G. GALLI, *Il pubblico ministero nella prospettiva del nuovo codice di procedura penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 142; D. SIRACUSANO, *Dalle indagini preliminari alla sentenza di primo grado*, in *Giust. Pen.*, 1979, I, 177.

Altri sono, in realtà, gli elementi realmente nuovi, delineati dal Progetto del 1978 in materia di azione penale e archiviazione: anzitutto, il contenuto dichiaratamente imputativo affidato dall'art. 377 prog. prel. c.p.p. 1978 all'atto d'esercizio dell'azione; in secondo luogo, la disciplina del controllo giurisdizionale sull'attività del pubblico ministero al termine delle indagini preliminari (artt. 379, 380, 381 e 386 prog. prel. c.p.p. 1978).

La *reductio ad unum* effettuata dall'art. 377, 1° comma, prog. prel. c.p.p. 1978 tra azione penale e delineamento dell'imputazione ad opera dell'organo d'accusa, comporta una duplice conseguenza, contrassegnando chiaramente, da un lato, la richiesta di archiviazione quale atto di *non esercizio* dell'azione penale e, dall'altro, attribuendo a quest'ultima le precise fattezze della richiesta di condanna, anziché di mero intervento della *iurisdictio* ⁽⁶⁸⁾. La norma, in altre parole, pone fine al lungo dibattito che aveva impegnato la dottrina nella ricerca della natura giuridica dell'archiviazione, ma, soprattutto, influisce in maniera decisiva, per quanto indiretta, sulla caratterizzazione del pubblico ministero, quale parte processuale e non più "organo di giustizia" asetticamente interessato alla ricerca della verità, nel cui nome provochi l'intervento del giudice.

L'innovazione non è ben accetta: tanto il Parere approvato in data 19 ottobre 1978 dalla Commissione consultiva, quanto quello ufficialmente formulato dal Consiglio nazionale forense, contengono espressioni di accentuato dissenso per la scelta del legislatore di attribuire contenuto imputativo all'azione penale, eliminando, conseguentemente, l'archiviazione dal novero degli atti d'esercizio della stessa ⁽⁶⁹⁾.

Anche la disciplina del controllo giurisdizionale sul comportamento

⁽⁶⁸⁾ *Contra*, nel senso che, sotto questo profilo, la disciplina in discorso sia scevra di elementi realmente innovativi, v. G. GALLI, *Il pubblico ministero*, cit., p. 155.

⁽⁶⁹⁾ In particolare, secondo la Commissione consultiva, «chiaro è... l'indirizzo della Costituzione e della legge delega che richiedono, in ogni caso di notizia effettiva di reato, la garanzia dell'accertamento obiettivo del giudice, sia per procedere ad atti d'istruzione o per disporre il dibattimento, sia per dichiarare che non si deve far luogo ad ulteriori attività processuali a causa della manifesta infondatezza della notizia stessa (archiviazione). E l'intervento del giudice, per l'uno o per l'altro fine, si ottiene soltanto attraverso l'esercizio dell'azione penale, e cioè attraverso la richiesta del processo». V., in tal senso, il Parere della Commissione consultiva in *Artt. 377-386*, cit., a cura di G. Conti, p. 896.

del pubblico ministero al termine delle investigazioni preliminari è tanto innovativa, quanto foriera di scarsi consensi. L'archiviazione, possibile, ai sensi dell'art. 379, 1° comma, prog. prel. c.p.p. 1978, per manifesta infondatezza della *notitia criminis*, come pure per mancanza di una condizione di procedibilità o per estinzione del reato (art. 382 prog. prel. c.p.p. 1978), viene decretata *de plano* dal giudice istruttore che condivida la prospettazione offerta dal pubblico ministero nella sua richiesta. In caso contrario, l'organo controllante formula l'imputazione e fissa la data per l'udienza preliminare, i cui esiti possibili sono giudizio immediato, atti d'istruzione ovvero sentenza di proscioglimento (art. 381 prog. prel. c.p.p. 1978).

La strada dell'udienza nel contraddittorio delle parti si apre, poi, necessariamente, tanto nel caso in cui ne faccia istanza la persona offesa, insoddisfatta dall'annunziato esito archiviativo (art. 380 prog. prel. c.p.p. 1978), quanto nel caso in cui il termine dei trenta giorni per le indagini del pubblico ministero venga a scadere senza che l'organo inquirente presenti alcun tipo di richiesta; in tale ultima ipotesi, legittimati a richiedere la fissazione dell'udienza preliminare sono così l'offeso come l'indiziato (art. 386 prog. prel. c.p.p. 1978).

È chiaro che il legislatore ha inteso delineare un meccanismo esauritivo, in grado di comprendere ogni possibile forma d'inerzia del pubblico ministero, da quella che si manifesti quale richiesta immotivata d'archiviazione, a quella che prenda le forme dell'inerzia evidenziante nell'inutile scadenza dei termini imposti al lavoro indagante.

Altrettanto chiara è la volontà legislativa di allargare anche in senso soggettivo il controllo sul comportamento del pubblico ministero, coinvolgendo in esso il privato cittadino – indiziato o persona offesa – e confidando nel suo diretto interesse all'oggetto del contendere.

La disciplina in discorso viene percepita dai commentatori come un arretramento del processo penale verso schemi privatistici ed, in ogni caso, quale inutile appesantimento nei tempi del procedere ⁽⁷⁰⁾. Insomma, spiace ai più che il controllo sull'azione penale fuoriesca dagli *interna corporis* della magistratura.

⁽⁷⁰⁾ V., in tal senso, R. BERTONI, *L'attività d'indagine e d'istruzione*, in *Prospettive del nuovo processo penale*, a cura di A. Stile, Napoli, 1978, p. 82; N. RESTIVO, *L'accusa nel nuovo codice*, cit., 355. In particolare v. l'opinione espressa dalla Commissione

Sono state voci profetiche: nel codice del 1988 alla persona offesa è rimasta la possibilità di opporsi alla richiesta di archiviazione (artt. 408, 410 c.p.p.); ma quel potere di reagire all'inerzia assoluta del magistrato indagante con un rimedio in grado di produrre l'avvio del processo penale pur in assenza della sua cooperazione, si è contratto e rinsecchito; è diventato mera istanza dell'offeso o indagato presso il Procuratore generale affinché avochi le indagini inutilmente giacenti nelle mani del suo sostituto (413 c.p.p.).

Dal controllo sull'inerzia del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, al controllo di una sua possibile iperattività: gli artt. 400-412 prog. prel. c.p.p. 1978 contengono la disciplina della cosiddetta "udienza preliminare", quale fase aperta dalla richiesta dell'organo inquirente di giudizio immediato o atti istruttori (art. 400, 1° comma, prog. prel. c.p.p. 1978) e potenzialmente concludentesi con una sentenza di proscioglimento «se l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se l'imputazione risulta infondata, se il reato è estinto...» ⁽⁷¹⁾.

Indicata quale "chiave di volta" del nuovo sistema ⁽⁷²⁾, l'udienza preliminare ospita il contraddittorio delle parti dinanzi alla *iurisdictio*, e lo finalizza al vaglio delle scelte operate dal pubblico ministero sull'*an* e il *quomodo* dell'azione esercitata.

«La funzione dell'intervento del giudice in questa fase iniziale del processo è evidente: mentre ribadisce la qualità di parte del pubblico

consultiva, in *Art. 377-386, cit.*, a cura di G. Conti, p. 925: «...è indubbio che al privato verrebbe riconosciuto il potere di dare inizio al processo penale, senza che il giudice istruttore possa valutare della richiesta null'altro che le condizioni formali. In effetti, qui non si costringerebbe tanto il pubblico ministero a comparire all'udienza, quanto si imporrebbe al giudice – da parte di un privato – di dare comunque inizio al processo... per rimanere nel sistema è necessario prevedere che in casi del genere si possa ricorrere al procuratore generale perché eserciti i suoi poteri di avocazione». Di analogo tenore il parere espresso dal Consiglio nazionale forense, *ibidem*, p. 926.

⁽⁷¹⁾ Gli altri due esiti possibili dell'udienza preliminare nel progetto del 1978 sono ordinanze, l'una disponente atti d'istruzione, l'altra il giudizio immediato (art. 408, 1° comma, prog. prel. c.p.p. 1978).

⁽⁷²⁾ «L'udienza preliminare... rappresenta a tal punto la chiave di volta di tutto il nuovo sistema processuale, che se il suo meccanismo dovesse incepparsi, salterebbe certamente tutta la nuova macchina processuale». Così G. MANCUSI BARONE, *Istruttoria e nuovo processo*, cit., 184. Parole profetiche anche queste, alla luce della crisi che investe l'istituto nella veste assunta nel codice attualmente vigente.

ministero, abilitato semplicemente a chiedere come ogni altra parte, garantisce che la richiesta di processo e il seguito che lo stesso deve essere, passino per il vaglio obiettivo e distaccato della giurisdizione...»⁽⁷³⁾. Il codice attualmente vigente ha ripreso quel concetto di udienza preliminare, quale fase di controllo sulla correttezza delle scelte compiute dall'organo dell'accusa al momento della decisione sull'esercizio dell'*actio*, e lo ha approfondito, facendo di essa l'epicentro delle scelte consentite alle parti in ordine al rito⁽⁷⁴⁾.

5. *Lineamenti attuali dell'archiviazione*

Gli artt. 408-415 c.p.p., integrati dalla fondamentale disciplina contenuta nell'art. 125 disp. att. c.p.p., delineano i caratteri attuali dell'istituto-archiviazione.

Le norme in discorso sono collocate, quanto alla struttura del codice, nel quinto libro, dedicato alle indagini preliminari e all'omonima udienza, e di quel libro costituiscono la parte sostanzialmente conclusiva.

Identica è la posizione dell'istituto nella ideale struttura del procedimento delineata dal codice: archiviazione e udienza preliminare sono l'alternativa obbligata che si apre, al termine delle indagini, dinanzi al pubblico ministero⁽⁷⁵⁾.

Questo peculiare identificarsi dell'archiviazione con un possibile segmento terminale della fase investigativa costituisce l'innovazione di maggior rilievo operata dal codice sull'istituto. Nel prosieguo dell'indagine, si vedrà come tutte le altre – pur fondamentali – modifiche nella sua immagine tradizionale, concernenti presupposti e forme del

⁽⁷³⁾ Così il Parere della Commissione consultiva, in *Artt. 400-412*, a cura di G. Conti, in *Il nuovo codice*, cit., I, p. 954.

⁽⁷⁴⁾ Su questa evoluzione dell'udienza preliminare tra progetto del 1978 e codice attualmente vigente v. V. GREVI e G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto*, cit., p. 120.

⁽⁷⁵⁾ Qualora, ovviamente, non possa o non voglia intraprendere la via dei procedimenti speciali. Ma qui si punta l'obiettivo su di un percorso idealmente semplificato nell'alternativa logica tra aborto dell'azione penale e sviluppo della medesima sino al *clou* rappresentato dal dibattimento. Sulla molteplicità di scelte procedurali consentita, nel codice 1988, dal gioco coordinato delle volontà delle parti v. L. MARAFIOTTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992 (ediz. provv.).

procedimento d'archiviazione, si snodano, a mo' di corollari, da quel primo, importantissimo, mutamento di struttura.

Sotto l'impero del codice Rocco, l'*incipit* del procedimento penale era segnato dalla *notitia criminis*, immediatamente sottoposta al vaglio investigativo preliminare dei c.d. atti di polizia giudiziaria (art. 232 c.p.p. 1930). Cessata quell'attività di primo discernimento, il pubblico ministero doveva dare inizio all'attività istruttoria vera e propria, personalmente, nell'istruzione sommaria, ovvero chiedendo l'intervento del giudice istruttore, laddove si dovesse procedere per la via dell'istruttoria formale. Con questa scelta, talora silenziosamente inglobata nella sequela delle attività investigative del pubblico ministero agente in via sommaria, si consumava – secondo la migliore dottrina ⁽⁷⁶⁾ – l'atto di esercizio dell'azione penale. In alternativa, laddove l'inquirente si avvedesse, *ictu oculi* o a seguito di quella veloce attività preistruttoria sopra descritta, che la *notitia criminis* era manifestamente infondata, chiedeva al giudice istruttore la pronunzia di un decreto d'archiviazione.

Alla luce di questo sintetico riepilogo, appare chiaro fino a che punto sia radicale il mutamento di struttura operato dal legislatore del 1988.

Secondo il codice attualmente vigente, il pubblico ministero, una volta iscritta, ai sensi dell'art. 335 c.p.p., la *notitia criminis* nel registro apposito, inizia un'attività d'indagine della potenziale durata di 18 mesi e, in taluni specifici casi, di due anni (art. 407 c.p.p.); attività intesa, secondo il preciso indirizzo teleologico dichiarato dall'art. 326, a rendere possibile la scelta tra esercizio dell'azione penale e archiviazione.

Quest'ultimo istituto si colloca, in altre parole, al termine di una serie di attività investigative, previste e volute, nell'ideale scenario costruito dal codice, come *esaustive*, complete per definizione, cosicché la scelta imposta al pubblico ministero sulle sorti del procedimento penale venga effettuata non più sulla scorta dell'approssimativo materiale raccolto in fase preistruttoria dalla polizia giudiziaria, ma con l'au-

⁽⁷⁶⁾ Evitiamo, in questa sede, di rievocare ancora una volta le ricorrenti oscillazioni che affliggevano l'interpretazione delle norme in tema di azione penale-archiviazione durante la vigenza del codice 1930. V. per tutti, con un chiaro delineamento dei passaggi procedurali descritti, E. GAITO, *Punti fermi*, cit., 20.

silio di una documentazione tendenzialmente priva di lacune conoscitive ⁽⁷⁷⁾. L'obbligo imposto al pubblico ministero di non limitare i pro-

(77) Sulla radicalità del mutamento nella collocazione strutturale dell'archiviazione la dottrina è decisamente unanime. Non tutti, però, traggono da questo dato di fatto le conseguenze che sarebbe lecito supporre. Ma di ciò in seguito. La letteratura sulla "nuova" archiviazione è già vastissima. Tra i tanti, v. T. BENE, *Prime riflessioni su archiviazione e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Arch. Pen.*, 1992, 35; A. BERNARDI, Art. 405-415, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, IV, Torino, 1990, p. 526; ID., Art. 125, in *Commento*, cit., I, 1992, p. 475; V. BORRACCETTI, *Archiviazione, indagini preliminari e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. Giust.*, 1989, 569; N. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Napoli, 1989; S. CELLETTI, *Principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale ed ipotesi di archiviazione della notizia di reato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1991, 349; G. CONGIU, *Iscrizione nel registro delle notizie di reato e procedimento di archiviazione*, in *Giur. It.*, 1992, II, 451; G. CONTI, *La chiusura delle indagini preliminari*, in *Cass. Pen.*, 1989, 850; F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 396; A.A. DALIA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.Vv., *Manuale di diritto processuale penale*, II, Milano, 1991, p. 119; G. DEAN, *Novità in tema di archiviazione*, in *Le nuove disposizioni del processo penale*, a cura di A. Gaito, Padova, 1989, p. 198; G. DE LUCA, *Controlli extra-processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, p. 217; G. DE PIETRO, *La discrezionalità del p.m. nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. Pen.*, 1991, 131; A. DIDDI, *Il dissenso del g.i.p. dalla richiesta di archiviazione tra configurabilità del conflitto e questioni di costituzionalità*, in *Giust. Pen.*, 1991, III, 225; F.R. DINACCI, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del p.m. di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 577; O. DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari*, in AA.Vv., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 62; M. D'ORAZI, *Le fattispecie di archiviazione*, in *Crit. Pen.*, 1991, 24; U. FERRANTE, *Richiesta di archiviazione e successiva richiesta di rinvio a giudizio*, in *Giur. Mer.*, 1993, 1040; A. FERRARO, *Archiviazione e potere di "cestinazione" del pubblico ministero*, in *Foro It.*, 1991, II, 353; P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, p. 53; G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1; ID., *Controllo giurisdizionale nell'esercizio dell'azione penale (note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 445 del 1990)*, in *Giur. Cost.*, 1990, 2669; ID., *L'archiviazione*, Torino, 1993; L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1992, 249; A. GRASSI, *Appunti per una questione di costituzionalità degli artt. 408, quarto e quinto comma, e 554, secondo comma, c.p.p., come modificato dalla sentenza n. 445/90 della Corte costituzionale*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1992, 311; V. GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, 1274; E. MAGGIORA, *Dati per una verifica empirica sull'incidenza dell'archiviazione sul nuovo processo penale*, in *Leg. Pen.*, 1993, 615; L. MARAFIOTI, *La «metamorfosi» del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in *Giur. It.*, 1990, VI, 115; ID., *L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione e opportunità*

pri sforzi investigativi in direzione colpevolista, ma di svolgere altresì accertamenti a favore dell'indagato ⁽⁷⁸⁾, conferma la volontà del legi-

“di fatto”, in *Cass. Pen.*, 1992, II, 206; F. MENCARELLI, *Procedimento probatorio e archiviazione*, Napoli, 1993; R. MOLINARI ROET, *Eccesso di delega nella disciplina dell'archiviazione per infondatezza della notizia di reato?*, in *Giur. Cost.*, 1990, 853; M. MURONE, *Obbligatorietà dell'azione penale e formulazione dell'imputazione di cui all'art. 409 c.p.p.*, in *Giust. Pen.*, 1991, III, 213; A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 2ª ed., 1991, 195; P. NOCITA, *Il problema dell'archiviazione*, in *Giust. Pen.*, 1988, I, 437; G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova, 3ª ed., 1993, p. 376; A. PRESUTTI, *Presunzione d'innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e udienza preliminare*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1359; G. RICCIO, *Il nuovo pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il giusto processo*, 1990, 18; P.P. RIVELLO, *Perplexità e contrasti in ordine alla legittimità del c.d. potere di «cestinazione» da parte del p.m.*, in *Dif. Pen.*, 1992, 46; ID., *Un'occasione di riflessione su alcune rilevanti problematiche in tema di archiviazione*, in *Cass. Pen.*, 1994, 1774; M. ROCA, *Archiviazione, non luogo a procedere e dovere di completezza delle indagini nella sentenza della Corte costituzionale n. 88/91*, in *Giust. Pen.*, 1992, I, 184; A.A. SAMMARCO, *la richiesta di archiviazione*, Milano, 1993; S. SAU, *Fatti non previsti dalla legge come reato e archiviazione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, 1168; E. SELVAGGI, *Notizie e pseudo-notizie di reato: quale controllo?*, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 190; P. SILVA, *Considerazioni sull'assoggettamento delle pseudo-notizie di reato alla procedura di archiviazione*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1991, 224; ID., *Pseudo-notizie di reato: archiviazione o potere di cestinazione del p.m.? Il problema rimane aperto dopo le ultime pronunce di legittimità*, *ivi*, 562; N. STABILE, *L'archiviazione nel nuovo codice tra legge delega e norme di attuazione*, in *Cass. Pen.*, 1990, 979; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, Torino, 1991, p. 550; F. TERRUSI, *Richiesta di archiviazione al g.i.p.*, in *Giur. Mer.*, 1991, 1167; T. TREVISSON LUPACCHINI, *Decreto di archiviazione e ordine di confisca*, in *Giur. It.*, 1992, II, 123; F. UCCELLA, *La persona offesa come soggetto non secondario del procedimento di archiviazione: brevi «chiose» ad una sentenza riequilibratrice*, in *Giur. It.*, 1992, IV, 37; G. VIGLIETTA, *Obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale tra realtà ed apparenza*, in *Crit. Dir.*, 1990, 27.

⁽⁷⁸⁾ Ai sensi dell'art. 358 c.p.p., infatti, il pubblico ministero «svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini». Si tratta di una norma di non facile inquadramento interpretativo e anzi, a detta di taluno, «altamente sintomatica della 'falsa coscienza di questo Legislatore, che a un certo punto si rende confusamente conto di aver consegnato l'intera fase iniziale del processo nelle mani dell'accusa» (così P. DE LALLA, *Idee per un «complemento istruttorio»*, cit., 72; e, in senso sostanzialmente analogo M. NOBILI, *Prove «a difesa»*, cit., 403). Un'opinione non meno autorevole “legge”, invece, l'art. 358 c.p.p. quale disposizione coerente con l'ottica di un codice che si definisce accusatorio, nella misura in cui essa invita l'organo inquirente ad una «elementare cautela»: l'autoresponsabilizzazione del pubblico ministero, come parte in senso proprio e gestore dell'alternativa tra agire e archiviare, impone che egli non lavori ciecamente in senso persecutorio, ma consideri le eventuali *chances* di un futuro proscioglimento dibattimentale (in

slatore di configurare la scelta finale tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale, quale momento di assoluta consapevolezza circa le possibili sorti dell'ipotesi accusatoria nel futuro giudizio.

questi termini v. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 1991, p. 665; G.P. VOENA, voce *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. It., Discipline penalistiche*, VII, Torino, 1993, p. 264). Il percorso evolutivo di una giurisprudenza che ha sostanzialmente negato ogni spazio possibile per le cosiddette "indagini difensive", pretendendo che qualsiasi attività investigativo/probatoria a favore dell'indagato venga «canalizzata» nelle mani del p.m., ovvero di un organo che, in fondo, nel corso delle indagini preliminari, ancora non è "parte" (v. in particolare la nota sentenza Cass., Sez. fer., 18 agosto 1992, Burrafato, in *Cass. Pen.*, 1993, 805, 1502; come pure, per la giurisprudenza di merito, Trib. Lecce, Ord. 29 settembre 1993, Santolla, *ivi*, 1994, 321, 452, con nota di D. CARCANO. In senso parzialmente divergente cfr. Cass., Sez. I, 5 giugno 1992, Padovani, *ivi*, 1994, 567, 971) ha finito, comunque, col dare tristemente ragione al primo indirizzo, laddove ravvisava nella norma una sorta di disposizione "complementare" rispetto all'insoddisfacente e in fondo inutile art. 38 disp. att. c.p.p. (sull'argomento esiste una cospicua letteratura; fondamentale, tra i molti interessanti contributi, è il nominato lavoro di M. NOBILI, *Prove «a difesa»*, cit., *passim*; ma v. pure, con toni sempre piuttosto critici, A. CRISTIANI, *Vademecum del difensore nel nuovo processo penale*, Torino, 1991, p. 71; O. DOMINIONI, *Le investigazioni del difensore ed il suo intervento nella fase delle indagini preliminari*, in *Dif. Pen.*, 1989, 23; P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, cit., p. 146; G. FRIGO, *Quale destino per l'indagine difensiva?*, in *Dif. Pen.*, 1993, 21; E. RANDAZZO, *La documentazione dell'attività di indagine da parte dei soggetti della difesa*, *ivi*, 1993, 61; ID., *Le indagini difensive nel sistema normativo*, in *Cass. Pen.*, 1994, 972; P. TONINI, *Note critiche sull'incidente probatorio*, in *il giusto processo*, 1990, 413; C. QUAGLIERINI, *Le indagini difensive: prassi giurisprudenziali e principi costituzionali non attuati*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2306. Per alcuni spunti nell'ottica di un diverso sistema processuale penale, v. pure W. PIZZI e L. MARAFIOTI, *The New Italian Code of Criminal Procedure: the Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, in *The Yale Journal of International Law*, 1992, Volume 17, 1). Lasciando da parte quell'orientamento giurisprudenziale che mira a trasformare l'art. 358 c.p.p. in norma-cardine per l'affermazione di un rinnovato ruolo di parte-imparziale dell'organo d'accusa, resta comunque corretta l'opinione di chi vede in essa un richiamo alla "lealtà" del pubblico ministero, affinché adoperi costruttivamente ovvero non "ignori", nel corso dell'intero procedimento, anche gli eventuali elementi favorevoli all'indagato (v., in tal senso, G. FRIGO, *Quale destino*, cit., 21). Il pensiero corre alla recente vicenda che ha visto coinvolti Sergio Cusani e la sua "controparte" – il pubblico ministero Di Pietro – in una *querelle* dai tratti ancora incerti, ma dalla quale emerge chiara la possibile ricorrenza di ipotesi in cui l'organo d'accusa occulti volutamente vere e proprie "prove" o elementi investigativi sfavorevoli alla tesi persecutoria (sulla vicenda accennata v. G.D. PISAPIA, *Nel conflitto con Cusani io difendo il magistrato*, in *la Repubblica*, 3 ottobre 1994, 1 e ss.). La questione non è di poco momento: si rifletta anche sull'incidenza di simili comportamenti in sede di controllo circa la legittimità di un provvedimento cautelare ottenuto in voluta "obliterazione" di indizi scomodi. A ben vedere, l'atto del pubblico ministero che, con piena consapevolezza, eviti di

Ed ecco il primo corollario della nuova dislocazione spazio-temporale: presupposto dell'archiviazione non poteva più essere quella «ma-

scoprire le carte favorevoli all'indagato allorché la *discovery* – quanto meno degli elementi a discarico – è d'obbligo; configura un comportamento censurabile a livello disciplinare, quando non a livello penale, proprio alla luce di quanto imposto dall'art. 358 c.p.p. L'intero settore legislativo è oggetto di molteplici proposte e disegni di legge, indirizzati a potenziare in vario modo l'esercizio di una funzione difensiva ristretta dal codice nello scarno art. 38 disp. att. c.p.p., se non integralmente affidata al pubblico ministero ex art. 358 c.p.p. La lista dei progetti, governativi e non, che si sono occupati dell'argomento in maniera esclusiva o solo collaterale, inizia col "famigerato" decreto-Biondi (D.L. 14 luglio, n. 440) e continua con la Proposta di legge n. 988 del 20 luglio 1994 (Finocchiaro ed altri); col Disegno di legge n. 1033, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 22 luglio 1994, e trova la sua più compiuta elaborazione nella Proposta di legge elaborata dall'Unione delle Camere Penali Italiane (terza bozza di lavoro, 2 maggio 1994). Elementi comuni ai vari "progetti" di modifica sono la prescrizione, a carico del p.m., dell'obbligo di presentare al g.i.p., cui si richiama l'adozione di un determinato atto, non solo gli elementi favorevoli alla tesi accusatoria, ma anche tutte quelle memorie che il difensore dell'indagato abbia consegnato allo stesso pubblico ministero (cfr. art. 4, D.L. 14 luglio 1994; art. 3 Proposta di legge n. 988; art. 4 Disegno di legge n. 1033; art. 12, 1° comma, Proposta di legge dell'Unione Camere Penali); come pure l'attribuzione al difensore della facoltà di presentare direttamente al g.i.p. gli elementi che reputa rilevanti ai fini della decisione da adottare (art. 13 Disegno di legge n. 1033; art. 12, 3° comma, Proposta di legge dell'Unione Camere Penali). Gli accennati progetti di modifica, pur venendo ad incidere su importanti profili della questione, lasciano impregiudicato il problema relativo al comportamento del pubblico ministero che occulti in modo strategico materiale potenzialmente rilevante per la tesi difensiva. Solo l'art. 3 Proposta di legge n. 988 (sostitutivo dell'art. 291, 1° comma, c.p.p.) mostra di aver considerato la questione, sia pure con mero riferimento al settore delle misure cautelari. Ai sensi della norma citata, infatti, «le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, *nonché quelli a favore della persona sottoposta alle indagini esposti dalla medesima o risultanti dagli atti*. A pena di nullità il pubblico ministero deve presentare al giudice anche copia delle memorie difensive». In altri termini, si impone all'organo dell'accusa, che chieda l'emissione del provvedimento cautelare, una vera e propria *discovery* anticipata, nel cui contesto l'unica selezione ammessa fra gli atti da consegnare al giudice riguarda gli elementi di sostegno della tesi accusatoria e non, invece, gli eventuali elementi a discarico. A prescindere, comunque, dal fatto che l'obbligo del pubblico ministero di rendere manifeste possibili risultanze investigative favorevoli all'indagato dovrebbe essere di portata generale (e, quindi, andrebbe collocato in una norma adeguata allo scopo, come l'art. 358 c.p.p.), la disposizione citata pare emendabile sotto un duplice profilo: da un lato, infatti, è opportuno che l'obbligo *de quo* abbia ad oggetto gli eventuali indizi a discarico di cui l'accusa sia *a conoscenza* e non solo quelli «risultanti dagli atti», pena un sin troppo facile aggiramento della norma; d'altro canto, appare poco chiaro il motivo per cui solo e unicamente l'obbligo di presentazione delle memorie difensive risulta tutelato da una sanzione di nullità.

nifesta infondatezza» della *notitia criminis* che, pur cancellata dall'art. 74 c.p.p. 1930 dalla riforma del '44, era rimasta nella memoria inconscia dell'interprete, quale fondamentale parametro di giudizio cui il pubblico ministero intenzionato ad archiviare doveva, in ogni caso, conformarsi ⁽⁷⁹⁾. Quel parametro, molteplimente vessato alla ricerca di un senso univoco e sicuro per l'aggettivo che ne costituiva, in fondo, l'essenza ⁽⁸⁰⁾, non era più adoperabile al di fuori del contesto in cui era nato, ossia quale metro di scelta in un'alternativa tra azione e archiviazione, che si giocava *tutta* nelle prime battute del procedimento penale e al cospetto di una *notitia criminis* sulla quale occorreva ancora accertare praticamente ogni cosa.

L'elisione dell'aggettivo «manifesta» nella formula dell'attuale art. 408 c.p.p. e, conseguentemente, l'accentramento del parametro decisivo in tema di archiviazione su di una «infondatezza» sprovvista di ulteriori qualificazioni è stata, dunque, per il legislatore, una scelta tanto coerente quanto inevitabile ⁽⁸¹⁾.

Nell'interpretazione tradizionale ⁽⁸²⁾, l'infondatezza della *notitia criminis* implica un «giudizio storico negativo» ⁽⁸³⁾ postulato dal pubblico ministero e, successivamente, confermato dal giudice controllante. La notizia è, quindi, infondata laddove il risultato delle indagini preliminari autorizzi l'organo investigante a ritenere che il fatto non sussista, l'imputato non lo abbia commesso, ovvero il fatto medesimo non contenga gli estremi del reato.

L'art. 125 disp. att. c.p.p. sembrerebbe, però, voler consegnare all'interprete un parametro alquanto diverso; ai sensi della norma il pubblico ministero è tenuto a decidersi per l'esito archiviativo ogniqualvolta ritenga «l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio».

⁽⁷⁹⁾ Cfr., per tutti, G. CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, cit., 337.

⁽⁸⁰⁾ Sull'argomento v., in particolare, G. PAOLOZZI, *Sulla manifesta infondatezza*, cit., 501.

⁽⁸¹⁾ In tal senso cfr. V. GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria"*, cit., 1284; A. PRESUTTI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 1361. Secondo A. BERNARDI, *Art. 408*, cit., p. 529, l'elisione del noto aggettivo potrebbe essere stata determinata dal desiderio di evitare il ripetersi dei dissidi interpretativi causati, sotto la vigenza del codice Rocco, dall'impossibilità di chiarire definitivamente il suo significato.

⁽⁸²⁾ Cfr., per tutti, F. CORDERO, voce *Archiviazione*, cit., p. 1032.

⁽⁸³⁾ L'espressione è adoperata da F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 792.

Questa parificazione sintattica tra infondatezza della *notitia criminis* e inidoneità del materiale investigativo raccolto a sostenere l'accusa dibattimentale è stata criticata dalla dottrina, rilevandosi come la norma, lungi dall'esplicare un significato astrattamente contenibile nel parametro codificato dall'art. 408 c.p.p., venga, invece, a costruire un'ipotesi di archiviazione del tutto nuova e senz'altro diversa da quella prevista nel codice ⁽⁸⁴⁾.

L'osservazione non può essere condivisa: in realtà, scopo dell'art. 125 disp. att. c.p.p. è, indubbiamente, quella di allargare l'ambito applicativo del parametro originariamente previsto dal codice – come si chiarirà tra breve – ma anche, semplicemente, quella di chiarirne il significato, considerando l'“infondatezza” della notizia di reato da un punto di vista diverso dal solito, ovvero sotto il profilo della situazione “probatoria” ad essa corrispondente.

La *notitia criminis* infondata è, in effetti, una notizia che induce, quale risultato ultimo dell'*iter* gnoseologico in cui si risolve il processo penale, ad un giudizio storico negativo, e che, contemporaneamente, sottointende una prognosi di inidoneità del materiale investigativo raccolto a fondare un giudizio storico positivo ⁽⁸⁵⁾.

La particolarità della definizione offerta dall'art. 125 disp. att. c.p.p. non consiste, d'altra parte, neppure in un mero rovesciamento prospettico, comunque implicito nel parametro dell'infondatezza, ma nel fatto che, grazie a quel medesimo mutamento della visuale, diventa indispensabile includere tra i presupposti dell'archiviazione anche situazioni di insufficienza o contraddittorietà del materiale destinato a costituire prova in dibattimento ⁽⁸⁶⁾. L'ipotesi accusatoria è, infatti, difficilmente sostenibile non solo laddove risulti chiara l'insussistenza della fattispe-

⁽⁸⁴⁾ Così S. CELLETTI, *Principio costituzionale di obbligatorietà*, cit., 350.

⁽⁸⁵⁾ Calzante è, dunque, la definizione della disciplina tratteggiata dall'art. 125 disp. att. c.p.p. in termini di «archiviazione probatoria» adoperata da G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 384.

⁽⁸⁶⁾ In tal senso v. G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 22; V. GREVI, *Archiviazione per “inidoneità probatoria”*, cit., 1290. Contrasta questa interpretazione A. PRESUTTI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 1359, sottolineando che intendere l'art. 125 disp. att. c.p.p. come riferito anche a situazioni “probatorie” dubbie, cancellerebbe quella priorità della giurisdizione che è l'essenza del nuovo processo penale, confermata anche dalla regola di giudizio, basata sull'evidente non colpevolezza, dell'art. 425 c.p.p. in versione originaria.

cie delittuosa tratteggiata dal pubblico ministero, ma pure qualora essa sia sostenuta da prove insufficienti o contraddittorie, disadatte, in ultima analisi, a scardinare la presunzione di non colpevolezza esistente a favore dell'imputato ⁽⁸⁷⁾.

In mancanza dell'art. 125 disp. att. c.p.p., il retroterra ideologico di operatori del processo abituati a considerare i presupposti dell'archiviazione nell'ottica dell'infondatezza rilevabile *ictu oculi*, nonché usi a considerare il dibattimento come luogo scenico d'azione di un giudice avvezzo ad intervenire sulle sorti dell'accusa traballante in quanto non adeguatamente istruita, avrebbe reso inimmaginabile un'interpretazione dell'«infondatezza» che vi comprendesse anche situazioni di lacunosità probatoria evidente.

Si aggiunga poi che nel contesto di un ordinamento improntato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, sarebbe stato giocoforza considerare il cosiddetto *favor actionis* quale criterio interpretativo idoneo e sufficiente ad escludere dai presupposti dell'archiviazione la natura lacunosa o contraddittoria del materiale raccolto in sede investigativa.

Proprio in una prospettiva analoga a quella ora descritta, la disciplina contenuta nell'art. 125 disp. att. c.p.p. è stata ed è oggetto di critiche veementi. Anzitutto, si pone in dubbio l'opportunità dell'abbandono «di un principio, quello dell'infondatezza, che aveva trovato pacifica e pluridecennale applicazione sotto l'impero del codice abrogato» ⁽⁸⁸⁾. Soprattutto, si critica «l'indeterminatezza» della disciplina normativa, capace di scavare a favore del pubblico ministero «margini di arbitrio incompatibili col principio di legalità dell'azione, che l'art. 112 Cost. intende garantire» ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. G. BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 307; A. GAITO, *Onere della prova*, cit., 513; A. GHIARA, *Presunzione d'innocenza, presunzione di «non colpevolezza» e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1974, 72; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979, p. 96 e ss.; GIUS. SABATINI, *Del «favor rei» come principio generale del diritto*, in *Giust. Pen.*, 1955, III, 7; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 264.

⁽⁸⁸⁾ Così M. ROCA, *Archiviazione*, cit., 186. In senso sostanzialmente analogo v. G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 22, nota 13, che però lamenta non tanto l'abbandono del parametro costituito dall'infondatezza, quanto l'elisione del qualificante aggettivo «manifesta».

⁽⁸⁹⁾ In questi termini, G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 28. In posizione sostanzialmente analoga v. pure M. ROCA, *Archiviazione*, cit., 186; A.A. SAMMARCO, *La ri-*

Rispondere alla prima obiezione è semplice ove si consideri che l'abbandono della formula archiviativa, originariamente contenuta nel codice abrogato, corrisponde ad una vera e propria necessità di struttura, cogente per il legislatore. Si è già sottolineato come la formula della «manifesta infondatezza» risultasse sostenibile solo in presenza di una scelta tra azione e archiviazione collocata nelle primissime battute del procedimento penale e, quindi, compiuta sulla scorta di un materiale investigativo idoneo a selezionare giusto le ipotesi accusatorie «visibilmente false» ⁽⁹⁰⁾. Ma non solo. L'archiviazione basata sulla futura insostenibilità dell'accusa in dibattimento corrisponde ad un imperativo strutturale più profondo di quello collegato al mutamento nella dislocazione spazio-temporale dell'istituto ⁽⁹¹⁾: essa è indissolubile dall'essenza del processo accusatorio, concepito come rituale alternarsi degli apporti argomentativi e probatori delle parti dinanzi ad un giudice assolutamente "terzo" ⁽⁹²⁾.

chiesta di archiviazione, cit., p. 101; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 568. Pur nell'ambito dell'orientamento in discorso, a se stante è l'opinione di G. VIGLIETTA, *Obbligatorietà*, cit., 28, che sottolinea come l'incompatibilità dell'art. 125 disp. att. c.p.p. con la disciplina costituzionale dell'art. 112, derivi dal fatto che la norma incriminata «ancora il giudizio agli elementi acquisiti, anziché a quelli astrattamente acquisibili, rimettendo apparentemente alla discrezionalità del p.m. lo svolgere o meno indagini, e quindi anche l'esercitare o meno, in futuro, l'azione penale». L'argomento, di per sé non indifferente sarà approfondito nel proseguo dell'indagine, nel momento in cui si tratterà della connessione tra obbligo di completezza delle investigazioni e tutela effettiva del principio di obbligatorietà. Sempre in tema di compatibilità dell'art. 125 disp. att. c.p.p. con l'art. 112 Cost., cauta l'opinione di A. BERNARDI, *Art. 125*, cit., p. 478, e di N. CARULLI, *Dell'archiviazione*, cit., (note di aggiornamento), augurandosi che la norma «non comporti per il p.m. l'accentuazione di criteri soggettivistici, tali da includere un inserimento strisciante di principi opportunistici».

⁽⁹⁰⁾ L'espressione è di F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 404.

⁽⁹¹⁾ Anzi, a ben vedere, lo stesso trasferimento dell'alternativa azione-archiviazione al termine delle indagini preliminari, corrisponde, come si vedrà, alla fondamentale struttura accusatoria del nuovo processo. Si veda, in tal senso, A. PRESUTTI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 1360.

⁽⁹²⁾ Sulle molteplici caratteristiche che informano i contrapposti sistemi processuali denominati "accusatorio" ed "inquisitorio" v. G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 340; F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966; U. DINACCI, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*, Napoli, 1984, p. 3; K. ELLING, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, Breslau, 1911, p. 14; P. FIORELLI, voce *Accusa e sistema accusatorio (dir. romano e*

La terzietà dell'organo giudicante, ovvero il suo "non interventismo", assegna ed anzi esige dalle parti una gestione autonoma e consapevole delle vicende processuali⁽⁹³⁾, ivi compresa e forse, soprattutto considerata, la scorta del materiale probatorio idoneo a fondare le reciproche tesi⁽⁹⁴⁾.

Da quest'esigenza di autoresponsabilizzazione tanto dell'accusa, quanto della difesa, deriva inesorabilmente, per il pubblico ministero, l'onere di condurre a dibattimento solo quelle ipotesi accusatorie che sia in grado di dimostrare in maniera adeguata, pena uno scontato scacco finale⁽⁹⁵⁾. È stato iperbolicamente, ma efficacemente notato che «particolarmente in un sistema accusatorio... una assoluzione dibattimentale è anzitutto frutto di un errore o di insipienza della pubblica accusa»⁽⁹⁶⁾.

Conciliare siffatta responsabilizzazione del pubblico ministero nella *gestio* dell'azione penale, con il principio di obbligatorietà della mede-

intermedio), in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 330; G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1; G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1949, p. 9; C.J.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, (trad. it.), Milano, 1858, p. 12.

⁽⁹³⁾ V. in proposito A. GAITO, *Politica criminale e strategie processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 1054.

⁽⁹⁴⁾ Sull'argomento v. *infra* Cap. VI, § 2.

⁽⁹⁵⁾ Sulla base di analoghe premesse, spiega l'attuale disciplina dell'archiviazione A.A. DALIA, *Indagini preliminari e udienza preliminare* cit., p. 121. Nella medesima prospettiva F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 665, spiega l'obbligo, incombente sul pubblico ministero ex art. 358 c.p.p., d'investigare anche su eventuali elementi favorevoli all'indagato: «ovvio che esplori l'intero caso, inclusi gli aspetti favorevoli alla difesa: se li ignora, lavorando ad occhi chiusi nel senso persecutorio, rischia uno scacco al dibattimento o già all'udienza preliminare; che debba vedere anche l'altro lato, come superfluamente avverte l'art. 358, non è provvidenzialismo inquisitorio, ma elementare cautela».

⁽⁹⁶⁾ Così C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 569. Sulle nuove responsabilità incombenti sull'organo che gestisce la funzione d'accusa, interessanti spunti in A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione*, in *Accusa penale*, cit., p. 11; L. MARAFIOTI, *La "metamorfosi" del pubblico ministero*, cit., 115; M. MARCHESIELLO, *Il ruolo del pubblico ministero nel processo penale che muta (ovvero, il disagio dell'accusatore)*, in *Quest. Giust.*, 1989, 343; A. MIELE, *Sommario indagini sul pubblico ministero nel sistema penale italiano*, in *il giusto processo*, 1989, 32; M. PISANI, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: profili deontologici*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 181.

sima è compito in apparenza assai arduo ⁽⁹⁷⁾. Una visione statica della norma costituzionale imporrebbe, in effetti, di accettare per vera l'equazione "reato = esercizio dell'azione". Le cose, però, non sono così semplici.

Si è già sottolineato come l'art. 112 Cost. e il correlativo principio di obbligatorietà forniscano una regola di comportamento astratta, statuendo che il pubblico ministero debba agire *sempre*, laddove gli risulti l'esistenza di una concreta fattispecie di reato. Le norme sull'archiviazione, costruite dal legislatore ordinario, circoscrivono il "sempre" in-distinto della Carta costituzionale, dettando le regole da osservarsi nel caso in cui il suo indiscriminato avallo indurrebbe la produzione di risultati incoerenti rispetto allo scopo della norma. È importante chiarire come tale comportamento del legislatore non sia il frutto di una scelta velleitariamente intesa a recepire l'una o l'altra teoria, offerta dall'interpretazione delle norme costituzionali, allo scopo di allargarne o restringerne il significato, in base agli orientamenti espressi nel substrato sociale.

Al legislatore incombe l'obbligo di rendere operante il principio, calandolo nella realtà procedimentale cui è destinato.

Così, nella logica del codice attualmente vigente, il parametro dell'"infondatezza", mira ad evitare il prodursi di effetti aberranti rispetto allo scopo reso chiaro dalla *lettera* dell'art. 112 Cost.; è indirizzato, cioè, ad evitare che l'azione penale venga esercitata per un fatto che reato non è, ovvero a carico di una persona che il fatto non ha commesso.

L'art. 125 disp. att. c.p.p. tende, invece, ad evitare un esercizio dell'azione non solo superfluo, ma anche, per quel che più conta, contrastante con lo *scopo* della norma costituzionale, identificabile nell'applicazione della legge penale sostanziale ad *ogni* fatto che essa medesima definisca reato ⁽⁹⁸⁾. Ora, è chiaro che esercitare l'azione, in mancanza

⁽⁹⁷⁾ Cfr. G. FALCONE, *Evoluzione del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *il giusto processo*, 1990, 164; G. RICCIO, *Il nuovo pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale*, *ivi*, 1990, 18.

⁽⁹⁸⁾ È stato sottolineato che «il principio di obbligatorietà dell'azione penale è rigorosamente inseparabile dal principio di obbligatorietà della norma penale»; così G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., p. 856. Sul nesso tra principio di obbligatorietà e principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), inteso quale garanzia di un eguale trattamento dei cittadini dinanzi alla legge penale v. F. CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1980, 1059; M.

degli elementi idonei a fondare l'accusa di cui essa si sostanzia, equivale a fornire l'imputato di un proscioglimento tanto irrevocabile, quanto, magari, "ingiusto" ⁽⁹⁹⁾.

I cultori di una pedissequa applicazione del principio di obbligatorietà dimenticano troppo facilmente che scopo ultimo del principio non è quello di assicurare ad ogni costo l'esplicazione del processo in presenza di un fatto costituente reato – come se il procedimento penale fosse un valore in sé – bensì quello di acclarare, *attraverso il processo*, se e da chi il reato è stato commesso, affinché, in piena legalità, possa aver luogo l'applicazione della norma sanzionatoria ⁽¹⁰⁰⁾.

Le argomentazioni appena svolte rendono chiaro come sia alquanto semplicistico ravvisare nella regola offerta dall'art. 125 disp. att. c.p.p. una volontà legislativa di "deflazionare" il dibattimento ⁽¹⁰¹⁾.

La deflazione processuale, indubbiamente conseguibile attraverso un uso corretto della complessiva disciplina risultante dagli artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., costituisce non tanto il fine avuto di mira dal legislatore, quanto il risultato inevitabile, ma pur sempre indiretto, di un allargamento delle ipotesi di archiviazione, previsto allo scopo di conciliare l'art. 112 Cost. col carattere "accusatorio" del nuovo processo ⁽¹⁰²⁾.

NOBILI, *La disciplina costituzionale del processo*, Bologna-Perugia, 1976, p. 211; G. RICCIO, A. DE CARO e S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, p. 113; G. UBERTIS, voce *Azione penale*, cit., p. 4; sull'argomento cfr. pure la sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 1979, in *Giur. Cost.*, I, 640; nonché, nella dottrina tedesca, F. AMBS, *Das Legalitätsprinzip auf dem Prüfstand der Rechtswirklichkeit, insbesondere im Bereich der Umweltkriminalität*, in *Gedächtnisschrift für K.H. Meyer*, Berlin, 1990, p. 7; P. RIESS, *Die Zukunft des Legalitätsprinzips*, in *NStZ*, 1981, 2.

⁽⁹⁹⁾ Analogamente G. VIGLIETTA, *Obbligatorietà*, cit., 32, nota come «...mentre l'archiviazione non preclude la riapertura delle indagini... un promovimento dell'azione penale senza elementi seri, e con un p.m. che non si attivi al dibattimento, serve solo a porre la pietra tombale del giudicato sul processo».

⁽¹⁰⁰⁾ In senso analogo v. già C. CIVOLI, *Procedura penale*, Milano, s.d., p. 44. In generale sullo scopo del processo e della funzione giurisdizionale v. M. BOSCARELLI, *La tutela penale del processo*, I, Milano, 1951, p. 5, con cospicui riferimenti dottrinali; M. NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'art. 27, 2° comma della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale*, II, Palermo, 1978, p. 829.

⁽¹⁰¹⁾ Così R. MOLINAR ROET, *Eccesso di delega*, cit., 854; M. ROCA, *Archiviazione*, cit., 185; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 556.

⁽¹⁰²⁾ Su questa sostanziale differenza nell'interpretazione della norma si dilunga pure la Corte costituzionale nella sentenza n. 88 del 1991.

Si è già constatato come il problema di una presunta incompatibilità tra la norma costituzionale in discorso e l'art. 125 disp. att. c.p.p., sia stato evocato sotto un ulteriore profilo: quello della eccessiva indeterminatezza del parametro dell'archiviazione ivi proposto. Obiezione opinabile.

Tanto il vecchio art. 74 c.p.p. 1930, quanto, e più ancora, la sua versione "epurata" dalla riforma del '44, offrivano all'interprete parametri non solo verbalmente molto più "esigui" della norma attualmente vigente, ma anche "nebulizzati" dall'equivocità insita nell'aggettivo "manifesta", che doveva caratterizzare l'infondatezza della *notitia criminis* ⁽¹⁰³⁾.

Apparentemente fornita di maggior fondamento è la critica condotta all'art. 125 disp. att. c.p.p. da chi ravvisa nella valutazione operata dal pubblico ministero scegliendo tra esercizio e non-esercizio dell'azione penale, un genetico, inevitabile *quantum* di discrezionalità. Da questo *input* strutturale, deriva – secondo tale orientamento – "l'azzardo" di un sistema che, espandendo le ipotesi di archiviazione ben oltre i confini tradizionali dell'istituto, finisce con l'ampliare a dismisura anche il potere discrezionale del pubblico ministero, in pieno contrasto con la regola sancita dall'art. 112 Cost. ⁽¹⁰⁴⁾.

La questione non è di poco conto. Esiste, infatti, nella dottrina processual-penalistica una certa tendenza a parlare del potere esercitato dal pubblico ministero al momento della scelta tra azione penale o archiviazione, come di un potere "discrezionale", oppure, ancora, quale peculiare forma epifanica della cosiddetta "discrezionalità tecnica" ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰³⁾ Così, acutamente, V. GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria"*, cit., p. 1296; G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari*, cit., p. 376.

⁽¹⁰⁴⁾ Per questa opinione, cfr. A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., pp. 72 e 96.

⁽¹⁰⁵⁾ Si veda, ad esempio, F. CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 1068 («... Bisogna allora concludere che lo stabilire la regola dell'obbligatorietà del procedere non impedisce che il sistema... incontri immediatamente... zone insopprimibili di discrezionalità»); G. DE PIETRO, *La discrezionalità del p.m.*, cit., 132 («...esiste una classe di casi nei quali la discrezionalità del p.m. nell'esercitare l'azione penale è incontrollabile dall'organo istituzionalmente devoluto e cioè dal Gip.»); A. GHIARA, *Partecipazione popolare all'esercizio dell'azione penale*, in *Giust. Pen.*, 1982, I, 255 («Le vicende giudiziarie che, in questi ultimi anni, hanno fatto convergere... sulla magistratura inquirente l'attenzione dei mezzi di comunicazione di massa, hanno ormai diffuso nella pubblica opinione la consapevolezza dell'ampia discrezionalità... che presiede alle iniziative del pubblico ministero»); M. MENNA, *Discrezionalità, op-*

L'opinione viene a volte basata su un certo approfondimento dialettico: ravvisandosi il nucleo dell'azione penale nel suo contenuto imputativo e, consistendo, quest'ultimo, essenzialmente, in un giudizio di colpevolezza formulato dal pubblico ministero a carico di un dato soggetto, si sottolinea che «ogni giudizio è fondato per definizione sul convincimento dell'organo che ne è l'autore... convincimento per sua natura incoercibile [derivante] da un processo di elaborazione critica degli elementi acquisiti...». Da questa constatazione discenderebbe, anzitutto, l'intrinseca incompatibilità logica tra obbligatorietà dell'azione penale e incoercibilità dell'atto intellettuale in cui essa si risolve ⁽¹⁰⁶⁾. «Il pubblico ministero» si argomenta ancora «formula l'imputazione soltanto quando soggettivamente ritiene possibile che l'imputato sia colpevole» e, in questo contesto, il fatto che, una volta convinto della responsabilità dell'indagato, l'organo inquirente sia obbligato ad esercitare l'azione, non toglie nulla al carattere discrezionale del suo potere, visto che «la situazione tipica della discrezionalità si configura proprio quando il presupposto per la sussistenza dell'obbligo dipende dalla valutazione del soggetto, il pubblico ministero, appunto, cui fa capo l'obbligo stesso» ⁽¹⁰⁷⁾.

portunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozeßordnung, in *Arch. Pen.*, 1992, 173 e *passim*; G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, IV, Bologna - Roma, 1987, p. 52 («È fisiologico che il pubblico ministero compia delle valutazioni discrezionali, sia di carattere giuridico che probatorio, nel compiere i primi accertamenti sulla corrispondenza del fatto concreto agli elementi costitutivi del reato e sulla consistenza delle prove a carico dell'indiziato.»); G. RICCIO, *Il nuovo pubblico ministero*, cit., 27 («...se uno spazio di valutazione libera del pubblico ministero appartiene alla fenomenologia dell'azione, l'unica soluzione garantista è proprio quella di un controllo giurisdizionale sull'inerzia del pubblico ministero, contraltare del suo potere "discrezionale", comunque guidato da regole di giudizio...»); V. GREVI, *Archiviazione*, cit., 1296 («Appare fuori discussione... come la regola di giudizio ivi enunciata [nell'art. 125 disp.att. c.p.p.] affidi al pubblico ministero una valutazione discrezionale commisurata ad un parametro tipicamente processualistico... Una discrezionalità, dunque, di natura tecnico-giuridica...»).

⁽¹⁰⁶⁾ In questi termini, A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 76.

⁽¹⁰⁷⁾ V. A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 100, notando che «Il problema, per la verità... non è nuovo, nel senso che anche la disciplina previgente... avrebbe potuto suscitare perplessità di ordine costituzionale. Senonché, mentre in passato tale problema era in fondo marginale considerata la limitatezza dei casi in cui era possibile la pronuncia del provvedimento di archiviazione, attualmente, a causa del notevole ampliamento dei casi di archiviazione, il pericolo di una violazione dell'art. 112 Cost. è sensibilmente aumentato».

A parere di chi scrive, l'orientamento in parola si basa su di una certa confusione di piani tra attività valutativa dell'interprete e attività, in senso proprio, discrezionale, nonché tra queste ultime, comunque considerate quali manifestazioni di attività giuridica – quindi rilevanti per il diritto – e profilo psicologico dell'organo agente.

6. (segue): *la cosiddetta discrezionalità del pubblico ministero*

Qui si rende indispensabile un breve *excursus* al di fuori della materia.

La parola "discrezionalità" evoca fondali estranei al processo penale; e al di là della percezione istintiva si cela, in effetti, la realtà di un concetto esportato dall'universo dogmatico dell'amministrativista ⁽¹⁰⁸⁾.

Ai suoi albori, la nozione valeva ad indicare il lato buio nei poteri dell'amministrazione statuale, una sorta di giuridico *black lock* che inghiottiva ogni possibilità del *subditus* di protestare contro l'atto lesivo dei suoi interessi presso un'autorità estranea all'amministrazione stessa. L'attività discrezionale coincideva, in altre parole, con la sfera delle attività sostanzialmente insindacabili della P.A. ⁽¹⁰⁹⁾.

La graduale ammissione di un controllo giurisdizionale ha lasciato, però, intatta nella memoria collettiva l'idea dell'atto discrezionale qua-

⁽¹⁰⁸⁾ Per una prima, parziale, immersione nell'universo concettuale della "discrezionalità" v. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, p. 161; A. CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Milano, 1985; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939; ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 477; von LAUN, *Das freies Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig, 1911; W. JELLINECK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Aalen, 1964 (ristampa dell'ediz. 1913); S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, s.d.; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Novissimo Dig. It.*, V, Torino, 1957, p. 1098; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65; R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (dir. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, p. 1; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 15^a ed., 1989, p. 591; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95. Per un approfondimento del tema, inteso soprattutto ad una visione sociologicamente orientata del pensiero giuridico in materia di discrezionalità, preziosa è la consultazione della citata opera di L. BENVENUTI, pp. 17 e ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 477.

le manifestazione incontrollabile *ab externo*: non solo, infatti, in quell'attendibile termometro psicologico che è il linguaggio quotidiano, l'aggettivo qualificativo "discrezionale" allude ad una facoltà confinante con il libero volere, ma pure nella lingua tendenzialmente più precisa del processualpenalista, la parola sottintende – e teme – una sostanziale incontrollabilità dell'atto cui corrisponde ⁽¹¹⁰⁾.

Nel tentativo di uscire dal pericoloso fascino di questa storica eco, la dottrina amministrativa tenta da decenni – quasi un secolo! – di costruire una nozione di discrezionalità che non trasmetta il germe dell'arbitrio nel *munus publicum* esercitato dalla P.A., ma è anche la prima a riconoscere l'enorme difficoltà definitoria di un concetto geneticamente in bilico «fra il settore dei comportamenti regolati nelle loro esplicazioni dalla legge e di quelli liberi da ogni predisposizione normativa» ⁽¹¹¹⁾.

Volendo sintetizzare – con un certo *quantum* di discrezionalità, è proprio il caso di dire – i risultati di quegli sforzi, si finisce coll'individuare due distinte correnti d'opinione. Per la prima ⁽¹¹²⁾, si ha discrezionalità in presenza di una situazione soggettiva qualificabile in termini di *munus publicum* e di una norma che ne regoli le manifestazioni mediante una fattispecie volutamente lacunosa ⁽¹¹³⁾. Per la seconda, l'esistenza di un potere discrezionale sarebbe deducibile dalla facoltà

⁽¹¹⁰⁾ V., per esempio F. CORBI, *Obbligatorietà dell'azione*, cit., 1068, che nota come «...il procedimento della richiesta di archiviazione fornisce... quel tanto di controllo che, almeno in teoria, riduce al minimo gli scarti tra obbligo e valutazione dell'esistenza dell'obbligo»; ancora più recisamente, secondo A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 80 «...il fatto che il giudizio del pubblico ministero che richiede l'archiviazione sia sindacabile significa soltanto che l'insopprimibile margine di discrezionalità valutativa si trasferisce dal pubblico ministero ad un altro organo, il giudice istruttore, o nel caso dell'attuale disciplina processuale, il giudice per le indagini preliminari, il quale a sua volta esprime il suo incoercibile convincimento circa l'innocenza o la colpevolezza dell'indiziato, accogliendo o respingendo la richiesta di archiviazione».

⁽¹¹¹⁾ Così C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, cit., p. 1099.

⁽¹¹²⁾ V. in proposito S. COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., p. 41, che sottolinea come «l'idea di un nesso necessario di complementarità fra *assenza* (sia in senso di lacunosità, sia in senso di indeterminatezza) di disciplina normativa e *presenza* di potestà discrezionali, è latente nel pensiero giuridico più antico...».

⁽¹¹³⁾ Sul fenomeno dell'"indeterminatezza intenzionale della fattispecie", quale matrice di discrezionalità v., sostanzialmente, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 252 e ss.; e, in particolare, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 163; S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 7; C. MORTATI, voce *Discrezionalità* cit., p. 1100.

di scelta tra più soluzioni possibili, risolta mediante l'adozione di quella che si riveli più opportuna nel caso concreto. Al centro di questo differente orientamento starebbe proprio il concetto di "opportunità", inteso quale carattere discriminante della nozione, sottolineandosi come «dove non c'è giudizio di opportunità, non c'è discrezionalità. Questa si riconosce in confronto degli altri giudizi che si fanno per applicare norme, perché ad essa presiede l'interrogativo: che cosa è più opportuno disporre?»⁽¹¹⁴⁾.

Certo, occorre tenere in debita considerazione la differente prospettiva di partenza che caratterizza i due orientamenti, ponendosi, il primo, dal punto di vista della norma attributiva del potere e, il secondo, nell'ottica di chi analizza le peculiarità del potere medesimo. Ciò nonostante, risulta chiaro come enormemente diverse siano le conseguenze che derivano da entrambe le teorie ai fini del problema che qui ci occupa.

Nell'ottica della prima, infatti – e per concorde ammissione dei suoi stessi sostenitori – tra discrezionalità amministrativa e "discrezionalità" esercitata nel contesto della funzione giurisdizionale, vi sarebbe solo una differenza di carattere *quantitativo*, determinata dalla maggiore ricorrenza del fenomeno nel primo settore piuttosto che nel secondo⁽¹¹⁵⁾. Sul versante più estremo – e, forse, più coerente – dell'orientamento in discorso si trova affermata, poi, una essenziale identità fenomenica tra "interpretazione" e "discrezionalità", quest'ultima null'altro essendo se non «un modo di essere non separabile sostanzialmente dalle rimanenti operazioni interpretative, ma solo differenziabile da esse per la diversa "misura"» in cui si verifica la concretizzazione del dettato normativo⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 485. Per un'approfondimento del medesimo concetto v., dello stesso autore, *Il potere discrezionale*, cit., p. 40. In senso, fondamentalmente analogo, benché con minor vigore argomentativo, v. pure A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., I, p. 591.

⁽¹¹⁵⁾ Per un riesame delle varie teorie coincidenti su questo punto v. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 109. Particolarmente significativa in tal senso l'analisi condotta, con dovizia di esempi, da F. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 172. Nel contesto dell'orientamento in esame è peculiare la posizione di L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., p. 306, sottolineando come «se vi è un tratto che pare distinguere la discrezionalità amministrativa da quella propria ad esempio del diritto civile o del diritto penale, esso è senz'altro la presenza di un momento intrinsecamente politico nella fase della scelta discrezionale».

⁽¹¹⁶⁾ Così L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., p. 251.

Per la seconda teoria, viceversa, nell'esercizio della funzione giurisdizionale sarebbe ravvisabile, eventualmente, solo una forma di "discrezionalità tecnica", categoria dogmatica che della *vera* discrezionalità null'altro avrebbe se non il nome ⁽¹¹⁷⁾.

Questa sintetica ricognizione nell'orizzonte ricostruttivo del concetto di "discrezionalità" induce a chiedersi quale sia la nozione accolta dal processualpenalista nei contesti sopra esaminati; e, soprattutto, fino a che punto possa essere legittimo o utile l'uso di una categoria dogmatica dai confini inafferrabili persino nel settore scientifico che l'ha prodotta.

Rispondere al primo interrogativo non è difficile. Laddove la dottrina del procedimento penale parla di una "discrezionalità" implicita in un certo tipo di scelte, operate dall'organo dell'accusa e "controllate" da un magistrato imparziale, si è in presenza di una – più o meno consapevole – recezione del concetto cosiddetto allargato di discrezionalità ⁽¹¹⁸⁾, proposto da quell'orientamento che ne percepisce le profonde affinità col processo d'interpretazione della norma.

Più aderente, invece, al concetto di potere discrezionale quale "libero" atto di scelta tra varie opzioni possibili, sembra essere quel fenomeno che il processualpenalista designa come "opportunità", quale regime alternativo a quello di obbligatorietà dell'azione penale ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Per questa opinione v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 485, che mette in evidenza come «... la maggior parte dei penalisti seguita a parlare di discrezionalità del giudice penale in relazione ai giudizi valutativi di fatti (che sono discrezionalità tecnica) e, perfino, di accertamento dei fatti (che sono manifestazioni di scienza)». Quanto al concetto di "discrezionalità tecnica" sembra opportuno sottolineare come, intorno alla sua definizione viga la più grande incertezza, da parte della medesima dottrina amministrativistica, tanto che pare ormai prevalente (per quanto, in un simile contesto si possa parlare di prevalenza) quell'orientamento che tende a negare autonomia scientifica alla categoria. Sull'argomento v. per tutti, P. VIRGA, *Appunti*, cit., 99; e, nella specifica prospettiva del processo penale, A. CRISTIANI, *La discrezionalità*, cit. p. 31 e ss.

⁽¹¹⁸⁾ Per questa espressione cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, cit., p. 306.

⁽¹¹⁹⁾ È significativo che la lingua tedesca – col suo caratteristico pragmatismo espressivo – indichi con la parola "*Ermessen*" (ossia, letteralmente, "misura") quella che la nostra dottrina chiama "discrezionalità amministrativa", mentre parla di "*Opportunitätsprinzip*" con riferimento ai casi in cui l'organo del pubblico ministero è svincolato dall'obbligo d'esercizio dell'azione penale (§ 153 e ss *StPO*). Salvo poi precisare, coerentemente – del resto – con il concetto di *vera* discrezionalità sopra esaminato, come le scelte effettuate dal pubblico ministero nei casi di vigenza del

Ciò chiarito, residua il dubbio se sia veramente indispensabile parlare di "discrezionalità", con riferimento al comportamento del pubblico ministero che ottemperi ad una norma implicante un'attività valutativa dei presupposti dell'agire⁽¹²⁰⁾. Il vocabolo, in effetti, ha, non solo un'accezione dubbia nel suo stesso settore d'origine, ma, per di più, una capacità evocativa di scelte incontrollabili.

Il comportamento del pubblico ministero che esercita o meno l'azione penale è, a ben vedere, tutt'altro che incontrollabile, se non nella misura in cui lo è ogni comportamento effettuato in esecuzione di norme implicanti un processo d'interiore valutazione del loro dettato; e di norme del genere il codice è pieno, prime tra tutte quelle che indicano al giudice i presupposti del proscioglimento o della condanna⁽¹²¹⁾.

Dire poi che «ogni giudizio è fondato per definizione sul convincimento dell'organo che ne è l'autore... convincimento per sua natura incoercibile», significa dire cosa ovvia, ma anche non interessante agli occhi del diritto, il quale non può che arrestare la sua forza ordinatrice e la sua sfera di controllo ai confini del mondo tangibile, cosicché tutto ciò che sta al di là, rimane campo d'azione della morale o – nella migliore delle ipotesi – della psicologia.

Non è un caso che perfino nel settore dell'ordinamento in cui la norma si fa più sensibile alle esigenze di rispetto della volontà individuale – ossia nel diritto civile – la possibilità di quel rispetto incontra una soglia oltre la quale anche il negozio giuridico viziato produce gli effetti che sia visibilmente atto a produrre⁽¹²²⁾.

principio di opportunità siano effettuate in base ad operazioni mentali costituenti vero e proprio "*Ermessen*". L'importanza della chiarezza semantica! V., per questa precisazione, F.C. SCHROEDER, *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute*, in *Festschrift für K. Peters*, Tübingen, 1974, p. 411.

⁽¹²⁰⁾ Si pone l'interrogativo in termini analoghi G. RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. Pen.*, 1992, 373; ma pure, già, A. CRISTIANI, *La discrezionalità*, cit., p. 136.

⁽¹²¹⁾ In senso analogo v. F.C. SCHROEDER, *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip*, cit., p. 412.

⁽¹²²⁾ Ad esempio, sul contratto, «non ... valutato come un fenomeno psichico, ma come fenomeno sociale» per cui «ciò che conta è il valore obiettivo che questo fenomeno assume» v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1987, p. 20. Pagine bellissime sul contrasto, insito nella natura del diritto, tra esigenza di considerazione del momento soggettivo – o psichico – della manifestazione giuridicamente rilevante, ed

Viene, a questo punto, spontaneo chiedersi come mai un consistente settore della dottrina insista nel sottolineare, come dato pressoché ineliminabile, l'aspetto *lato sensu* discrezionale insito nei comportamenti del pubblico ministero, soprattutto qualora si consideri che, a quella medesima dottrina, non può essere evidentemente sfuggito l'eguale carattere di una vasta serie di attività attribuite dalle norme processuali all'organo giudicante ⁽¹²³⁾.

I motivi di una simile attenzione ricognitiva sono molteplici.

Immediatamente percepibile, ad esempio, è il timore che, sotto il tranquillante travestimento del principio di obbligatorietà, si nascondano comportamenti opportunistici, forieri di spiacevoli memorie storiche, provenienti dai tempi in cui il pubblico ministero appariva latore, nel processo, della politicità proveniente dall'esecutivo ⁽¹²⁴⁾.

Sotto questo profilo, il "disvelamento" dell'attività valutativa compiuta dall'organo dell'accusa al momento della scelta tra esercizio e non esercizio dell'azione penale, corrisponde ad una indispensabile esigenza di chiarezza nel rapporto tra cittadino ed istituzioni.

Sulla medesima lunghezza d'onda si collocano quei contributi dottrinali che, nel sottolineare l'inevitabile "soggettivismo" della scelta tra agire o meno, mirano, in ultima analisi, ad una più chiara comprensione del pubblico ministero quale organo pubblico, sì, ma non imparzia-

esigenza di esterna riconoscibilità e controllabilità, sono state scritte da A. FALZEA, voce *Accertamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 205. Quanto allo specifico meccanismo di conciliazione delle due esigenze in quel peculiare contesto che è l'atto d'accertamento (nel quale, in ultima analisi e come vedremo meglio più avanti, si risolve la procedura d'archiviazione), l'autore sottolinea come «se il dubbio è un oscillazione della coscienza tra due ipotesi in contrasto e quindi un conflitto interno... l'incertezza giuridicamente rilevante è invece la manifestazione o meglio ancora la traduzione sociale del dubbio, ossia un conflitto tra apprezzamenti di due soggetti diversi, un conflitto intersoggettivo dal quale, si badi bene, può restare esclusa ogni situazione psicologica di dubbio... Questa incertezza, per il suo carattere oggettivo, non può essere rimossa dalla mera conoscenza soggettiva e con i meri processi spirituali di conoscenza...».

⁽¹²³⁾ Sulla c.d. "discrezionalità" del giudice penale cfr., con dovizia di esempi, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 161; S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., *passim*; A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 76; R. SATURNINO, voce *Discrezionalità*, cit., p. 1.

⁽¹²⁴⁾ Su questo tipo di problematica cfr., per tutti, ampiamente, il volume, a cura di G. Conso, *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, *passim*.

le; che mirano, in altri termini, a porre in evidenza, con ogni mezzo disponibile, la definitiva uscita del sistema processuale penale, dalla nebbiosa confusione di ruoli in cui il codice del '30 l'aveva immerso ⁽¹²⁵⁾.

Esiste, però, un'altra, più profonda, ragione che induce parte della dottrina a disvelare criticamente la cosiddetta "discrezionalità" del pubblico ministero quale esercente dell'azione penale, in particolar modo nella trama delineata dal combinato disposto degli artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.

È una ragione "strisciante", forse addirittura inconscia nei suoi stessi epigoni, e consiste nell'anelito a costruire la *iurisdictio* penale – la fase, in altri termini, che postula l'intervento di un giudice – quale momento "principe" di tutela e realizzazione delle istanze portate dalla società civile.

Ad un simile rilievo sembra facile obiettare come, da un lato, la giurisdizione penale sia *effettivamente* funzione di tutela della comunità e, dall'altro, come lo stesso codice del 1988 sia costruito proprio sulla centralità del momento giurisdizionale, contrapponendosi al codice Rocco, che l'aveva obliterata, snodando l'intero evento processuale attorno al cardine costituito dall'azione ⁽¹²⁶⁾.

In realtà, a ben vedere, la *iurisdictio* – penale e non – costituisce, sì, centro di concretizzazione dell'ordinamento e della società civile che in esso si riconosce, ma non è la sola a svolgere tale ruolo. Funzione legislativa ed esecutiva fanno altrettanto, e che, in determinati momenti nella vita di uno Stato, la *iurisdictio* si assuma – e a volte si arroghi – compiti sostitutivi nei confronti delle altre istituzioni, sta semplicemente ad indicare che quel medesimo Stato vive una fase patologica, e non fisiologica, della sua esistenza quale "Stato di diritto" ⁽¹²⁷⁾.

L'attuale situazione della vita politica italiana è esemplare in tal senso.

Quanto al fatto – indubitabile – che il codice del 1988 sia fondato sulla centralità della fase giurisdizionale, così come si conviene ad uno

⁽¹²⁵⁾ In quest'ottica va letto, ad esempio, il contributo di V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria*, cit., 1296; G. RICCIO, *Il nuovo pubblico ministero*, cit., 27.

⁽¹²⁶⁾ Chiaramente in questi termini A. MACCHIA, *Art. 1*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., I, p. 4.

⁽¹²⁷⁾ Si danno, qui, per richiamate le notazioni, svolte nel paragrafo precedente, sui caratteri essenziali dello Stato di diritto e sull'equilibrio reciproco di poteri su cui esso si basa.

d'ispirazione dichiaratamente accusatoria, occorre intendersi sul concetto di "giurisdizione".

Coloro che criticano l'art. 125 disp. att. c.p.p. e il presunto arbitrio che esso immetterebbe nelle scelte del pubblico ministero, guardando con nostalgia a quei parametri dell'archiviazione che trasformavano in un quasi-automatismo l'avvio del processo in presenza della *notitia criminis* ⁽¹²⁸⁾, sottointendono un'idea di *iurisdictio* assolutamente diversa da quella delineata nel codice attuale.

L'essenza della giurisdizione in genere, e di quella penale, in special modo, è tema tanto vecchio e tanto dibattuto quanto l'altro, relativo al dogma dell'azione ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ In tal senso, esemplarmente, A. BERNARDI, *Art. 125*, cit., p. 479; G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 22; M. ROCA, *Archiviazione*, cit., 185; A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 101. Gli autori citati riferiscono espressamente la loro critica al parametro dell'archiviazione risultante dal combinato disposto degli artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p. L'elenco sarebbe, però, decisamente più lungo qualora vi si volesse includere anche tutti quei contributi dottrinari che esprimono sfiducia nei confronti del ruolo affidato al pubblico ministero dal nuovo codice, considerando gli ulteriori profili della sua attività. Il problema delle c.d. pseudo-notizie di reato esprime in modo chiaro siffatta tendenza; sintetizzando molto i termini della disputa, accanto ad una corrente d'opinione favorevole al sistema del classamento delle pseudo-notizie nel registro/modello 45 (su cui v. G. CONSO, V. GREVI e G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. VI, tomo I, p. 549) e, quindi, sfavorevole all'adozione di un apposito atto archiviativo, si snoda un consistente raggruppamento ideologico saldamente aggrappato all'idea che anche le c.d. pseudo - notizie debbano venir sottoposte alla procedura d'archiviazione ex art. 411 c.p.p., pena l'aggravamento del principio d'obbligatorietà, ad opera di pubblici ministeri facoltizzati a non agire in mancanza d'ogni controllo. Per il primo indirizzo, in dottrina, v. G. CONGIU, *Iscrizione nel registro*, cit., 454; G. FUMU, *L'attività pre-procedimentale del pubblico ministero*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, p. 135; G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., p. 5; S. SAU, *Fatti non previsti*, cit., 1171; E. SELVAGGI, *Notizie e pseudonotizie*, cit., 589; per il secondo, N. CARULLI, *Dell'archiviazione*, cit., p. 30, nota 2; F.R. DINACCI, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 582; U. NANNUCCI, *Analisi dei flussi delle notizie di reato in relazione all'obbligatorietà e facoltatività dell'azione penale*, in *Cass. Pen.*, 1991, 1668; P.P. RIVELLO, *Perplexità e contrasti*, cit., 46; P. SILVA, *Considerazioni sull'assoggettamento*, cit., 230; Id., *Pseudonotizie di reato: archiviazione o potere di destinazione del p.m.?*, cit., 562; G. VIGLIETTA, *Obbligatorietà*, cit., 28. In posizione mediana, in quanto favorevole al sistema del classamento, ma solo nella misura in cui venga usato in casi assolutamente marginali, v. A. FERRARO, *Archiviazione*, cit., 357.

⁽¹²⁹⁾ Per un primo orientamento sul concetto di "giurisdizione" v. V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2ª ed., 1961, p. 27; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, II, Napoli, 2ª ed., 1936, p. 1; F. CORDERO, *Procedura pen-*

Le difficoltà derivano, anzitutto, dal medesimo problema esaminato in materia di *actio*, ossia dal tentativo di rintracciare un nucleo di elementi imprescindibili e, quindi, dogmatizzabili, in una profusione di caratteristiche proprie dello specifico momento storico e del peculiare ordinamento oggetto di studio ⁽¹³⁰⁾.

In secondo luogo, l'estensione al procedimento amministrativo di «formalità paraprocedurali», accompagnata dall'attribuzione al giudice di facoltà decisorie su rapporti non controversi, ha reso ancora più sfumati quelli che si consideravano i tratti caratteristici della *iurisdictio* ⁽¹³¹⁾.

A dissolvere ulteriormente le componenti strutturali del concetto di giurisdizione hanno, poi, contribuito i drastici apporti della sociologia, tutti intesi a svelare come la *iurisdictio*, al pari delle altre funzioni statali, costituisca spesso il travestimento, in apparenza neutrale, di strumenti ideologicamente orientati e finalizzati al mantenimento di una certa struttura di potere ⁽¹³²⁾. In questo frantumarsi di certezze, la tra-

le, 1987, cit., p. 255; A.A. DALIA e G. PIERRO, voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, p. 1; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 24; A. FALZEA, voce *Accertamento*, cit., p. 205; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 6ª ed., 1987, p. 8; E. MASSARI, *Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1948, p. 19; A. MELONCELLI, voce *Giurisdizione (disciplina costituzionale della)*, in *Enc. Giur.*, XV, 1989, p. 1; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p. 1; Id., voce *Accertamento*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., I, pp. 295 e 374; B. OLIVI, *Note sul concetto di giurisdizione*, in *Jus*, 1958, 42; M. PISANI, voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 381; S. RANIERI, *La giurisdizione penale*, Milano, 1930; S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 218; A. SANTORO, voce *Giurisdizione penale*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino, 1957, p. 1067; A. SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, *ivi*, p. 985.

⁽¹³⁰⁾ In tal senso v. V. ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., p. 27.

⁽¹³¹⁾ Così C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 376. Insiste pure sulla c.d. «processualizzazione» dell'attività amministrativa, quale scoglio sul quale si arenano i vari tentativi di caratterizzare la giurisdizione sulla base dell'elemento costituito dal contraddittorio, L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 9.

⁽¹³²⁾ L'argomento gode di contributi dottrinali sterminati. Citare i noti nomi di K. MARX (in particolare, *L'ideologia tedesca*, trad. it., Roma, 1958) o di H. MARCUSE (ad es. *Ragione e rivoluzione*, trad. it., Bologna, 1966), con la loro denuncia del ruolo di conservazione del potere costituito svolto da istituzioni in apparenza neutrali, o l'esaltazione della devianza, delle frange sociali emarginate e spesso criminalizzate, sarebbe assolutamente riduttivo. D'altronde, occuparsi dell'interessantissimo tema in questa sede è pressoché impossibile. Per una prima *full immersion* nell'argomento v. F.

dizionale alternativa tra una funzione giurisdizionale intesa quale garanzia del diritto obiettivo ed una concepita come strumento di tutela dei diritti soggettivi, si trasforma in irriducibile contrasto dogmatico, assolutamente inadeguato ad esprimere i reali caratteri "ideologici" del fenomeno. A risultati altrettanto parziali si giunge qualora, in precipua considerazione del settore penale, si ravvisi l'essenza della *iurisdictio* nella tutela della società dal crimine, ovvero, al contrario, nella garanzia del cittadino accusato, realizzata attraverso una esplicazione "rituale" del potere coercitivo.

In verità, ciascuna di queste definizioni appare atta a recepire solo in modo parziale la realtà del fenomeno e, tra l'altro, nessuna di esse pone l'interprete in grado di discernere quando, nel singolo caso, si sia in presenza di un atto definibile come giurisdizionale.

Sotto quest'ultimo profilo, più concludente si è rivelato quell'orientamento che, nel tentativo di espungere dal concetto ogni coloritura finalistica e, quindi, in sostanza, ideologica, ha cercato di individuare il *proprium* della giurisdizione considerandone unicamente le caratteristiche estrinseche o di struttura, individuate nell'effetto tipico dell'atto giurisdizionale, ovvero la "cosa giudicata" ⁽¹³³⁾. Resta, a quest'orientamento, però, il difetto tipico di tutte le definizioni "formalistiche": esse descrivono i caratteri di un dato istituto, ma assolvono se stesse dall'arduo compito di svelarne valori e scopi.

Volendo conciliare "il diavolo con l'acqua santa", mediante una definizione tanto "formale", quanto teleologicamente indirizzata, potremmo dire che, in effetti, esiste un nucleo costante in tutti i tempi e in tutti luoghi per la funzione giurisdizionale, ed è il suo porsi "in sostituzione" dell'attività del privato, ovvero il suo nascere assieme al divieto di "ragion fattasi" ⁽¹³⁴⁾; mentre, d'altro canto, esistono caratteristi-

CRESPI, *Le vie della sociologia*, Bologna, 1985, *passim*. Con specifico riguardo alla giurisdizione penale, quale sistema di controllo sociale, «strumento privilegiato attraverso il quale le classi egemoni... cristallizzano e danno legittimazione alla scala delle gerarchie sociali ed economiche presenti in un dato ordinamento» v. interessanti cenni in A.A. DALIA e G. PIERRO, voce *Giurisdizione penale*, cit., p. 8.

⁽¹³³⁾ Cfr., in tal senso, con limpide argomentazioni a sostegno dell'impostazione "formalistica" nell'analisi del fenomeno, B. OLIVI, *Note sul concetto*, cit., 43.

⁽¹³⁴⁾ La funzione "sostitutiva" della giurisdizione viene fatta risalire, tradizionalmente, al CHIOVENDA (cfr. *Istituzioni*, cit., p. 9), ma è stata ripresa ed in vario modo rielaborata ad opera degli orientamenti più diversi. Cfr., ad esempio, V. ANDRIOLI,

che estrinseche – o strutturali – assolutamente ineliminabili dalla funzione giurisdizionale, ma solo quale configurata dal legislatore dell'ordinamento di volta in volta preso in considerazione.

E questo è il punto. Nel processo penale delineato dal legislatore del 1988, caratteristica imprescindibile della giurisdizione è la *terzietà* dell'organo giudicante, valore non solo imposto dal modello del cosiddetto “processo accusatorio”, prescelto dal legislatore delegante, ma anche tutelato in tutta una serie di disposizioni codicistiche delle quali si avrà modo di parlare in seguito ⁽¹³⁵⁾.

La “terzietà” è stata spesso indicata dalla dottrina quale carattere estrinseco e, assieme, ineliminabile della giurisdizione ⁽¹³⁶⁾. In realtà

Lezioni, cit., p. 29; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale*, cit., I, p. 12; C. MORTATI, *Istituzioni*, I, cit., p. 378. Anche la peculiare posizione di S. SATTA (voce *Giurisdizione*, cit., p. 218 e ss.), secondo il quale la *iurisdictio* andrebbe definita come la funzione del “rendere giustizia”, inteso quale unico e solo possibilità di concretarsi dell'ordinamento, può essere, tutto sommato, ricondotta all'idea della giurisdizione quale sostituirsi dello Stato all'autogiustizia. È interessante notare come l'orientamento in discorso costituisca eco perfetta della teoria dell'azione propugnata da A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1968, p. 30 e, più tardi, portata ad estreme, ma coerenti conclusioni da S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 11^a ed., 1992, p. 143.

⁽¹³⁵⁾ V. G. TRANCHINA, *Ruoli naturali e innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, p. 497, sottolinea significativamente come «il nuovo processo penale dovrebbe caratterizzarsi... per la purezza dei ruoli che assegna ai propri organi; più precisamente, per la nitida differenziazione di funzioni tra pubblico ministero e giudice: una differenziazione dalla quale dovrebbe venir fuori con l'impronta di una giurisdizionalità più accentuata che non in passato, e riacquistata attraverso il decisivo recupero di attribuzioni tipiche della giurisdizione.»

⁽¹³⁶⁾ Cfr. per tutti, con chiarezza, A. MELONCELLI, voce *Giurisdizione* cit., p. 2. Sul più vasto problema dell'imparzialità dell'organo giudicante – di cui la terzietà non è che una condizione – v. U. DINACCI, *Prospettive sistematiche del processo penale*, Padova, 1975, p. 248; M. NOBILI, *Il giudice nella società contemporanea e i criteri di assegnazione delle cause*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, 77; G. PAOLOZZI, *Giustizia e politica: la sentenza della Cassazione penale 5 novembre 1971*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1973, 633. Qualcuno evidenzia come terzietà e imparzialità siano variabili indipendenti e quindi l'assenza della prima caratteristica non comporti inevitabilmente il venir meno della seconda. In tal senso v. G. ICHINO, *La terzietà del giudice per le indagini preliminari: un problema aperto*, in *Quest. Giust.*, 1993, 426. A dire il vero sembra difficile immaginare come un giudice non “terzo”, e cioè non «in posizione... di estraneità rispetto agli interessi in gioco» – per dirla con le parole dell'autrice – possa rivelarsi un giudice imparziale. Viene anche da chiedersi in che cosa consista l'imparzialità, se non appunto nell'effettiva estraneazione dell'organo giudicante dal

essa è tutt'altro che un nucleo immanente, potendo esistere – ed essendo anzi già esistiti – sistemi processuali che non garantiscono affatto tale elemento, quale *condicio sine qua non* della funzione, come il processo inquisitorio puro, ovvero che lo garantiscono nella forma e non nella sostanza, prediligendo rispetto ad esso aspetti ulteriori del fenomeno giurisdizionale ⁽¹³⁷⁾.

Caratteristica in tal senso era la costruzione del codice 1930, in cui la posizione *istituzionale* del giudice era quella di un organo “terzo” rispetto agli interessi emergenti nel processo – imparzialità garantita, dopo il '45, anche dalla Costituzione – ma il cui *ruolo*, in quel contesto, era quello di organo votato alla ricerca della Verità e, quindi, latamente interveniente nella contesa dibattimentale.

Quando oggi la dottrina parla di “centralità della *iurisdictio*” si riferisce, dunque, a quella sua forma di manifestazione che si realizza con pienezza nel dibattimento e che appare, fondamentalmente, caratterizzata dal ruolo del giudice, arbitro di una “*res inter alios acta*”.

concreto contrasto d'interessi su cui è chiamato a decidere. Se poi – come forse la citata autrice voleva intendere – la c.d. “terzietà” venga compresa quale “equidistanza” del giudice-arbitro rispetto alla contesa, allora, certo, si potrà dire senza timore di smentite che anche il giudice meno “terzo” – ad esempio il *iudex inquisitor* – è in grado di dar prova, nel caso specifico e in presenza di determinate qualità psichiche e morali, dell'imparzialità più completa. Si tratterebbe, però, appunto, di nulla più che un atteggiamento psichico, laddove «l'imparzialità non può e non deve essere intesa solo come un mero ed interiore “stato spirituale” del magistrato: ma anche come uno “stato” che la collettività possa oggettivamente rilevare». Insomma: la “terzietà” è imprescindibile garanzia d'imparzialità. Sull'argomento – in particolare, sull'imparzialità del giudice come suo “disinteresse” rispetto alla *concreta* controversia su cui si trovi a decidere – v. M. NOBILI, *Art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1981, p. 174. A proposito della peculiare posizione del g.i.p., P. DE LALLA, *Idee per un «complemento istruttorio»*, cit., 69, parla di una sua «completa sudditanza psicologica nei confronti del p.m.».

⁽¹³⁷⁾ Il problema delle connotazioni tipiche e della “qualità” della *iurisdictio* appare, con esemplare chiarezza, nel dibattito relativo alla natura giuridica dell'esecuzione penale, e alla necessità di assicurare ad essa un giudice realmente “terzo”. Per interessanti spunti v. V. BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 489; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992; D. GROSSO, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 1; A. GAITO, *Incidente d'esecuzione e procedimenti incidentali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 27; ID., *L'evoluzione dell'esecuzione penale*, in *il giusto processo*, 1989, 51; ID., *Esecuzione e giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1992, 606; G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983; nonché, da ultimo, M. MARGARITELLI, *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale*, in *Giur. Cost.*, 1993, 366.

Invece, la *iurisdictio* cui guardano con nostalgia coloro che auspicano un avanzamento del suo intervento alle soglie della recezione della *notitia criminis* non manifestamente infondata, è un'altra, magistralmente costruita dal codice Rocco come strumento di ricerca della verità che tutto in sé assorbe e giustifica in nome di quell'ideale. È la *iurisdictio* auspicata da quanti plaudono alla deresponsabilizzazione del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione, alla deresponsabilizzazione delle parti nelle scelte procedimentali, per cedere, ancora una volta, lo strumento del processo penale nelle capaci mani del giudice onnisciente ⁽¹³⁸⁾.

7. *Il controllo sul mancato esercizio dell'azione nella Repubblica Federale Tedesca: A) la struttura del "Klagerzwingungsverfahren"*

Prima di esaminare gli strumenti predisposti dal legislatore del 1988 a scopo di controllo sul comportamento del pubblico ministero archiviante ed eventuale reazione contro forme illegittime d'inerzia, sembra utile procedere all'analisi dell'istituto adottato dall'ordinamento tedesco col medesimo scopo: il *Klageerzwingungsverfahren*.

Oltre all'interesse comparatistico che, peraltro, sarebbe già di per sé sufficiente giustificazione per l'indagine, esiste un motivo anche più idoneo ad indurre questa breve parentesi nell'esame delle norme italiane. È stato, infatti, autorevolmente detto ⁽¹³⁹⁾ che l'istituto regolato nell'art. 409, 5° comma, c.p.p. trova un sicuro progenitore nel "*Klageerzwingungsverfahren*", previsto dai §§ 172-177 del codice di procedura penale tedesco (*Strafprozeßordnung*: brevemente *StPO*).

Anzi, la stessa denominazione comunemente adottata per indicare uno dei tre possibili esiti del controllo giurisdizionale sull'archiviazione – ovvero l'"imputazione coatta" – costituisce, in effetti, traduzione fedele del vocabolo tedesco ⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁸⁾ Per quest'orientamento cfr. esemplarmente F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice dibattimentale*, in *Cass. Pen.*, 1993, 280.

⁽¹³⁹⁾ L'affermazione è di F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 406. Per una proposta di riforma del codice italiano del 1930, ispirata proprio al sistema tedesco d'imputazione coatta, v., dello stesso autore, *Ideologie del processo penale*, cit., p. 178.

⁽¹⁴⁰⁾ Nel proseguo del testo verrà utilizzata, per ovvie ragioni di comodità, la sigla comunemente usata dalla dottrina tedesca per indicare il "*Klageerzwingungsverfahren*": *Kev*.

L'analisi dell'istituto previsto dalla *StPO* quale forma di controllo dell'inazione, risulta tanto più utile in quanto il *Kev* è parte della *Strafprozeßordnung* sin dal lontano 1877⁽¹⁴¹⁾ un prezioso patrimonio d'esperienza, dunque.

In base al combinato disposto dei §§ 152 II e 160 I *StPO*, il pubblico ministero tedesco ha l'obbligo di condurre indagini, laddove esistano sufficienti elementi di fatto che facciano supporre la perpetrazione di un reato. Quale possibile seguito delle indagini in parola, il § 170 *StPO* indica una duplice via: l'esercizio dell'azione penale oppure l'archiviazione, qualora non esistano elementi atti a rendere doverosa la prima alternativa⁽¹⁴²⁾. Il codice di procedura penale tedesco conta, così, tra i suoi "principi fondamentali" (*Grundsätze*) il principio di legalità o di obbligatorietà dell'azione.

Numerose le eccezioni alla regola, contenute nei §§ 153 e ss.; così numerose, anzi, da indurre la dottrina a considerare come, sul terreno della microcriminalità e, parzialmente, anche su quello della media, valga, in buona sostanza, il contrapposto *Opportunitätsprinzip*⁽¹⁴³⁾.

Il rispetto del principio di legalità, laddove esso vige, è assicurato, da un lato mediante quello strumento di controllo strettamente processuale che è il *Klageerzwingungsverfahren*, dall'altro, mediante la sussunzione sotto una grave fattispecie di reato del comportamento con-

⁽¹⁴¹⁾ La *Strafprozeßordnung* è entrata in vigore il 1° ottobre 1879. Qui è opportuna una precisazione: la *Reichsstrafprozeßordnung* costituisce la prima legge volta a regolare il processo penale per tutti gli stati tedeschi, ma, prima di essa, le singole legislazioni contenevano già istituti analoghi o affini al *Kev*; così negli Stati di Bremen, Baden, Braunschweig, Hamburg e Württemberg.

⁽¹⁴²⁾ Il § 170 *StPO* è piuttosto avaro di definizioni, limitandosi a stabilire, nel comma I, che il pubblico ministero esercita l'azione penale qualora le indagini offrano motivo di elevare un'accusa. Il comma successivo stabilisce, con altrettanta economia di parole, che, nel caso contrario («*andernfalls*»), il magistrato inquirente è tenuto ad archiviare.

⁽¹⁴³⁾ Così C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 20. Aufl., München, 1987, p. 69. Sull'argomento, nella dottrina italiana, v. V. BAROSIO, *Il processo penale tedesco dopo la riforma del 1965*, Milano, 1967, p. 105 e ss.; L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., *passim*; M. MENNA, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozeßordnung*, in *Arch. Pen.*, 1992, 173; F. MOLINARI, *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento della Repubblica Federale Tedesca*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 217.

sapevolmente illegale del pubblico ministero (§ 258 *StGB: Strafreite lung in Amt*). L'importanza dell'istituto regolato nei §§ 172-177 *StPO* risulta chiara ove si consideri come lo strumento della minaccia penale nei confronti del pubblico ministero inadempiente ai suoi doveri d'ufficio conduca ben di rado ad una condanna, e quindi ad una reale efficacia preventiva: fornire, infatti, la prova che il comportamento del magistrato, archiviante in mancanza dei presupposti di legge, sia informato da quella peculiare dimensione soggettiva dell'illecito che è il dolo, risulta il più delle volte impossibile ⁽¹⁴⁴⁾. Si aggiunga, tra l'altro, che, anche senza considerare questo profilo strettamente pratico della questione, resta pur sempre impossibile ovviare, mediante la norma penale, a tutti i comportamenti meramente colposi del pubblico ministero, ossia la maggioranza.

Di fatto il *Klageerzwingungsverfahren* ⁽¹⁴⁵⁾ costituisce l'unico stru-

⁽¹⁴⁴⁾ Per una accurata trattazione di questo profilo v. K. WERNER, *Der Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaft*, Göttingen, 1986, p. 82.

⁽¹⁴⁵⁾ Quasi tutte le trattazioni dottrinali dedicate al *Kev* si aprono con la considerazione che l'autore si avvierebbe a parlare di un tema meramente collaterale e scarsamente considerato; una sorta di "Cenerentola" del processo. A smentire quest'impostazione pessimistica sta la quantità di letteratura scritta sull'argomento, di cui riportiamo un'elenco di sicuro non esaustivo e, tra l'altro, consapevolmente limitato a quelle trattazioni che riguardano il *Kev* quale tema singolo, senza congiungerlo con l'argomento assieme al quale viene spesso trattato (particolarmente dagli anni '70 in poi) ossia i poteri della vittima nel contesto del processo penale. Sul *Klageerzwingungsverfahren* v., dunque, G. BISCHOFF, *Die Wiedereinsetzung bei Versäumung der Beschwerdefrist des § 172 StPO*, in NJW, 1986, 2097; ID., *Das Klageerzwingungsverfahren, Eine empirische Analyse mit Vorschläge zur Reform*, Gelsenkirchen, 1987; ID., *Die Begründung des Klageerzwingungsantrags*, in NJW, 1988, 1308; ID., *Die Praxis des Klageerzwingungsverfahrens*, in NStZ 1988, 63; A. BRANDT, *Zum Begriffe des "Verletzten" i.S.v. § 172 StPO*, in NJW 1928, 2192; H. DIETZ, *Die Anklageerzwingung, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 325*, Breslau, 1933; W. FRISCH, *Der Begriff des "Verletzten" im Klageerzwingungsverfahren*, in JZ 1974, 7; S. JANS, *Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens*, Frankfurt, 1990; J.R. KIRSTGEN, *Das Klagerzwingungsverfahren*, Bonn, 1986; KLEINKNECHT / MEYER-GOSSNER, *Strafprozeßordnung*, München, 41. Aufl., 1993, §§ 172 ff.; M. KOHLHAAS, *Das Klageerzwingungsverfahren in seiner neuern Form*, in GA 1954, 129; E. LÖWE, *Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich*, Berlin, 12. Aufl., 1907, §§ 170 ff; H. MAYER, *Klageerzwingungsverfahren und Opportunitätsprinzip*, in JZ 1955, 601; H. MÖLLES, *Klageerzwingungsverfahren und berechtigtes Vergeltungsbedürfnis*, in NJW 1966, 1253; von ÖETKER, *Legalität, Opportunität, Klageerzwingung*, in *Der Gerichtssaal*, Band 105, 370; F. OSTLER, *Das Klageerzwingungsverfahren, Strafrechtliche Abhandlungen Heft*

mento di controllo sull'operato del pubblico ministero in merito all'esercizio dell'azione penale.

Figura centrale dell'istituto è la "vittima" del reato, cui è affidato il compito di azionare il *Kev*. Ai sensi del § 171 *StPO* l'ufficio del pubblico ministero deve notificare l'avvenuta archiviazione al denunciante; qualora quest'ultimo possieda anche la qualità di "persona offesa", il § 172 gli consente di ricorrere, entro due settimane dall'avvenuta conoscenza dell'archiviazione, al rappresentante del pubblico ministero superiore in grado.

Si tratta di una forma di "ricorso gerarchico" alla cui tempestiva esplicazione è vincolata la possibilità della persona offesa di richiedere quell'intervento giurisdizionale che costituisce il nucleo del *Kev*. L'istanza al giudice competente (l'*Oberlandesgericht* ⁽¹⁴⁶⁾, paragonabile con una certa approssimazione all'italiana Corte d'appello) ha, infatti, a proprio oggetto non l'atto d'archiviazione del pubblico ministero competente per le indagini, bensì l'atto con cui il suo superiore gerarchico eventualmente rigetti il ricorso della persona offesa (§ 172 II *StPO*). Anche l'istanza diretta ad investire l'autorità giudiziale è sottoposta ad un termine di decadenza: un mese dalla notizia della reiezione del ricorso gerarchico. Questo termine, come quello, di due settimane, valevole per l'istanza ai gradi superiori degli uffici d'accusa, non inizia a decorrere qualora alla persona offesa sia mancata l'obbligatoria informazione circa la possibilità di ricorso agli strumenti offerti dai §§ 172 e ss. *StPO*.

Sempre ai sensi del § 172 II, un'importante condizione d'ammissibilità del *Kev* è costituita dal fatto che l'istanza non abbia a proprio oggetto l'archiviazione di un reato perseguibile mediante azione penale privata, oppure un'archiviazione effettuata in base a quei §§ 153 e ss. *StPO* che configurano altrettante ipotesi di vigenza del principio di opportunità. Il *Kev*, in pratica, costituisce strumento espressamente

287, Breslau, 1931; K. PETERS, *Strafprozeß*, Heidelberg, 4. Aufl., 1985, p. 536; W. POPPE, *Keine Wiederholung des Klageerzwingungsverfahrens?*, in NJW 1956, 1058; P. RIESS, *Alte und neue aktuelle Fragen im Klageerzwingungsverfahren - Notanwalt, Ermittlungserzwingung*, in NStZ 1986, 433; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 242; K. WERNER, *Der Einfluß des Verletzten auf Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaft*, cit.

⁽¹⁴⁶⁾ Brevemente siglato come OLG.

deputato al controllo del comportamento del pubblico ministero nel raggio d'azione del principio di legalità.

Si tratta di un profilo importante e si vedrà, nel proseguo dell'analisi, come siffatta caratteristica del "procedimento d'imputazione coatta" costituisca il risultato di un corso evolutivo forse non voluto dal legislatore del 1877 e sicuramente criticato dalla dottrina più e meno recente.

L'istanza all'*Oberlandesgericht* deve contenere, secondo il tenore letterale del § 172 III *StPO*, l'indicazione dei fatti su cui dovrebbe fondarsi l'imputazione ed i relativi mezzi di prova. Tanto pretende la legge. L'elaborazione giurisprudenziale ha interpretato in maniera alquanto estensiva la norma, approfondendo e affinando qualità e quantità dei requisiti indispensabili a rendere ammissibile l'istanza. Così, anzitutto si ritiene che la motivazione debba risultare comprensibile a tal punto da consentire al giudice una decisione sull'oggetto del procedimento senza necessità di ricorrere agli atti d'indagine contenuti nel fascicolo del pubblico ministero; ancora, l'istante deve fornire una propria descrizione delle indagini compiute, dei motivi della loro interruzione, nonché dei motivi che hanno indotto il superiore gerarchico del magistrato competente, a respingere l'istanza della persona offesa *ex* § 172 I *StPO*; occorre, per concludere, che l'istante confuti puntualmente gli argomenti forniti dal pubblico ministero a sostegno della sua decisione d'archiviare, nonché spieghi per qual motivo ritenga che l'archiviazione in parola configuri un'ipotesi d'inosservanza del principio di legalità ⁽¹⁴⁷⁾.

L'atto d'introduzione del giudizio dinanzi all'*OLG* deve essere controfirmato da un avvocato (§ 172 III *StPO*); anche qui la giurisprudenza precisa come l'obbligo di assistenza legale sia ben più che una mera formalità, ma debba configurarsi come vera e propria assicurazione che il documento firmato non corrisponda alla volontà meramente querulatoria di soggetti sforniti di un reale interesse all'avvio del processo ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ Sull'argomento v. G. BISCHOFF, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 309, con abbondanti riferimenti giurisprudenziali. Si vedrà qui di seguito come la dottrina assuma una posizione fortemente critica nei confronti del notevole ampliamento dei requisiti d'ammissibilità dell'istanza operata dalla giurisprudenza.

⁽¹⁴⁸⁾ F. OSTLER, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 68; K. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 536.

Il procedimento dinanzi all'*OLG* ha un oggetto diverso dall'accertamento della commissione di un reato; per questo motivo esso viene accostato al procedimento amministrativo d'ottemperanza, mediante il quale una pubblica autorità viene costretta a compiere una determinata azione ovvero a tenere un certo comportamento ⁽¹⁴⁹⁾.

Il paragone è interessante e sicuramente corretto da un punto di vista teorico; più convincenti, però, appaiono gli argomenti addotti da chi, ravvisando la necessità di integrare la scarsa regolamentazione codicistica del *Kev*, ne propone l'accostamento al procedimento d'impugnazione, regolato nei §§ 304 e ss. *StPO* ⁽¹⁵⁰⁾.

Il primo compito dell'*Oberlandesgericht* è, ovviamente, quello di assicurarsi che siano state rispettate tutte le condizioni d'ammissibilità imposte dalla legge. Si è visto come non si tratti di poca cosa. Riassumendo, occorre che siano stati osservati i termini di decadenza imposti dal § 172 I e II; che sia stato inutilmente effettuato il ricorso gerarchico agli uffici superiori del pubblico ministero; che il reato, di cui si lamenta l'ingiusta archiviazione, non rientri nel raggio d'influenza del principio d'opportunità, e neppure si tratti di reato perseguibile mediante azione penale privata; che l'istante sia fornito d'assistenza legale e lo manifesti mediante controfirma dei documenti consegnati all'*OLG*; che la motivazione dell'istanza corrisponda agli elevati *standard* qualitativi imposti dalla giurisprudenza.

È interessante rilevare come più dell'80% di tutti i procedimenti d'imputazione coatta si areni miserevolmente sugli scogli di questi requisiti d'ammissibilità ⁽¹⁵¹⁾; ciò significa, in pratica, che il giudice arriva a controllare la fondatezza dell'istanza e, quindi, la legalità del comportamento del pubblico ministero, solo in 20 casi su 100. L'importanza di questi, ed altri, dati empirici sarà esaminata successivamente.

Ai sensi del § 173 I e III *StPO*, il giudice può richiedere gli atti in possesso del magistrato inquirente, nonché svolgere indagini mediante un membro della Corte medesima o un'altra autorità giudiziaria di pro-

⁽¹⁴⁹⁾ Così G. BISCHOFF, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 47.

⁽¹⁵⁰⁾ F. OSTLER, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 13.

⁽¹⁵¹⁾ I dati riportati provengono da un'analisi empirica condotta nell'anno 1982 presso gli *Oberlandesgerichten* di Köln, Hamm e Düsseldorf. V., in proposito, G. BISCHOFF, *Die Praxis des Klageerzwingungsverfahrens*, cit., 64.

pria scelta. Di fatto l'OLG è solito affidare l'incarico al pubblico ministero, in quanto maggiormente qualificato a svolgere attività investigativa, ma, non essendo tale possibilità espressamente prevista dalla legge, si ritiene inesistente, per l'organo dell'accusa, un obbligo di ottemperare alla richiesta del giudice ⁽¹⁵²⁾. Se conduce indagini nel contesto del *Kev* è, insomma, per pura cortesia.

Obbligatoria, viceversa, ai sensi del § 33 II *StPO*, è l'audizione del pubblico ministero, mentre quella dell'indagato lo diventa solo qualora l'OLG decida di rispondere positivamente all'istanza della persona offesa (§§ 33 III; 175 I *StPO*); in caso contrario sarebbe violato il suo diritto costituzionale ad essere «ascoltato da un giudice» (Art. 103 I GG: *Grundgesetz*).

La decisione dell'OLG è un decreto, dal triplice possibile contenuto: rigetto dell'istanza in quanto inammissibile, rigetto per infondatezza (§ 174 I *StPO*), ovvero accoglimento dell'istanza e conseguente ordine di formulazione dell'accusa (§ 175 I *StPO*).

La seconda tipologia decisoria interviene ove il collegio giudicante ritenga corretta la posizione assunta dal pubblico ministero con l'archiviazione, ossia ritenga che non esistono indizi sufficienti a giustificare l'inizio dell'azione penale («*hinreichender Tatverdacht*»: § 203 *StPO*), ovvero che esistano ostacoli processuali in grado di congelarne l'esercizio ⁽¹⁵³⁾. Il decreto non è impugnabile (§ 304 *StPO*) e, ai sensi del § 174 II, produce un parziale effetto consuntivo dell'azione penale, che potrà essere esercitata solo sulla base di nuovi fatti o nuovi mezzi di prova ⁽¹⁵⁴⁾.

Proprio in base alla peculiare efficacia preclusiva del decreto ex § 174 II *StPO*, la dottrina risolve il problema di un'eventuale replica del *Klageerzwingungsverfahren*: se al pubblico ministero è consentito rivedere la propria archiviazione e superare l'ostacolo del decreto emesso dall'*Oberlandesgericht*, diventa logico concludere che la persona offe-

⁽¹⁵²⁾ Cfr. KLEINKNECHT / MEYER-GOSSNER, *Strafprozeßordnung*, cit., § 173 RD 3; G. BISCHOFF, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 48.

⁽¹⁵³⁾ Così, G. BISCHOFF, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit, p. 51; F. OSTLER, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit, p. 110.

⁽¹⁵⁴⁾ Sull'efficacia preclusiva, ovvero consuntiva dell'azione penale, propria di determinate fattispecie processuali, tra cui l'archiviazione, v. F. LOOS, *Probleme der beschränkten Sperrwirkung strafprozessualer Entscheidungen*, in JZ 1978, 592.

sa/ denunziante deve poter ricorrere contro una, eventualmente rinnovata, archiviazione dell'organo inquirente ⁽¹⁵⁵⁾.

Mediante il decreto che accoglie l'istanza, l'OLG ordina al pubblico ministero di esercitare l'azione penale, delineando compiutamente tutti quegli elementi di solito contenuti nell'atto d'imputazione, quindi generalità dell'accusato, il fatto attribuitogli, con le necessarie coordinate spazio-temporali, nonché le norme penali sotto cui sussumerlo ⁽¹⁵⁶⁾.

Il pubblico ministero è vincolato all'esercizio dell'azione penale con il contenuto stabilito nel decreto conclusivo del *Kev*, ma rimane sostanzialmente libero nella conduzione dibattimentale dell'accusa, per cui, in ipotesi, potrebbe anche domandare al giudice l'assoluzione dell'imputato ⁽¹⁵⁷⁾.

8. (segue): B) *evoluzione e caratteristiche del "Klageerzwingungsverfahren"*

L'idea di uno strumento processuale adatto alla verifica dei comportamenti del pubblico ministero quale soggetto titolare del monopolio nell'esercizio dell'azione penale, nasce in un momento storico di profonda revisione ideologica.

A partire dalla metà del XIX secolo i singoli Stati di lingua tedesca – successivamente inglobati nell'unico *Reich* – vedevano propagarsi sul terreno legislativo quegli impulsi innovatori, che, già da tempo presenti nella dottrina, miravano all'abolizione dei principi cardine del processo inquisitorio, considerati come inadatti a raggiungere lo scopo del

⁽¹⁵⁵⁾ Su questa discussa problematica v. S. JANS, *Die Aushöhlung*, cit., p. 241; M. KOHLHAAS, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., 135; W. POPPE, *Keine Wiederholung*, cit., 1059; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 246. Particolarmente interessanti appaiono le argomentazioni di W. POPPE, a detta del quale, se il *Kev* costituisce strumento inteso alla tutela del principio di legalità, sarebbe estremamente contraddittorio non ammetterne l'esperibilità laddove lo stesso pubblico ministero abbia ritenuto necessario indagare su di una seconda denuncia basata su nuovi fatti o nuove prove.

⁽¹⁵⁶⁾ G. BISCHOFF, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 52; KLEINKNECHT / MEYER-GOSSNER, *Strafprozeßordnung*, cit., § 175, RD 2.

⁽¹⁵⁷⁾ Così S. JANS, *Die Aushöhlung*, cit., p. 242; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 246.

processo penale: l'acclaramento della verità⁽¹⁵⁸⁾. Le parole chiave dei riformatori erano "Immediatezza", "Libera valutazione della prova", "Processo accusatorio", "Oralità", "Pubblico ministero"; molto divise erano, però, le opinioni in merito alla pratica convenienza di un inserimento nel processo vigente di *tutti* i propagandati istituti.

Particolarmente avversato, benché in base ad argomenti assai diversi, tanto dai nostalgici del processo inquisitorio, quanto da quelle voci riformatrici che propugnavano l'introduzione dell'accusa penale popolare, era proprio l'istituto del pubblico ministero, al punto da indurre ancora tardi commentatori ad affermare che «*die Staatsanwaltschaft gehört, solange von ihr auf deutschem Boden die Rede ist, zu den meist umstrittenen Rechtsinstituten*»⁽¹⁵⁹⁾.

La consegna dell'azione penale nelle mani di un solo soggetto, un organo pubblico, per di più costruito, sulla base del modello francese, come autorità gerarchicamente vincolata al potere esecutivo nelle fattezze del Ministro di grazia e giustizia, suscitava l'ostilità di quanti temevano le conseguenze di eventuali comportamenti arbitrari del pubblico ministero, deprecando, al tempo stesso, il confinamento degli interessi della vittima ai margini del processo penale.

Per i sostenitori di questa linea di pensiero, correttivi occasionalmente proposti, quali l'introduzione del principio di legalità, il conferimento al pubblico accusatore di garanzie d'indipendenza analoghe a quelle del giudice o, ancora, una forma di coazione all'avvio del processo penale, erano inattuabili nella pratica del diritto vivo⁽¹⁶⁰⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. K. ELLING, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, cit., p. 25.

⁽¹⁵⁹⁾ «Il pubblico ministero rientra, sul terreno tedesco, tra gli istituti giuridici più discussi». Così K. ELLING, *Die Einführung*, cit., p. 1. Si noti che l'autore scriveva nel 1911, ossia più di sessant'anni dopo l'introduzione del p.m. negli stati singoli germanici.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. K. JANKA, *Staatliches Klagmonopol oder subsidiäres Strafklagerecht*, Erlangen, 1879, p. 4; R. SCHÜTZE, *Das staatsbürgerliche Anklagerecht in Strafsachen*, Graz, 1876, p. 9. Si veda, in particolare, quanto scrive, ironicamente, K. JANKA in merito al principio di legalità: «Nessun delitto, la cui punizione sia possibile *de iure et de facto*, dovrebbe rimanere impunito; il pubblico ministero dovrebbe esercitare l'accusa... anche quando persecuzione penale e pena non giovino né allo Stato, né alla società e a nessuna persona... la rigida Legge deciderebbe sull'esercizio dell'azione, senza considerazione alcuna per le necessità della vita reale».

Nonostante le molteplici critiche, però, l'istituto del pubblico ministero, sull'onda di un'evoluzione storico-giuridica ormai inarrestabile in tutti i paesi europei, veniva felicemente inserito nelle legislazioni processuali dei singoli Stati tedeschi, trovando, contemporaneamente, garanzie indirizzate ad assicurare un corretto esplicarsi del monopolio accusatorio, ora in forma di azione penale privata sussidiaria, ora in costruzioni processuali analoghe al futuro *Klageerzwingungsverfahren*: così, in particolare, negli Stati di Braunschweig, Bremen, Baden, Hamburg e Württemberg.

La *Reichsstrafprozeßordnung* del 1° febbraio 1877, entrata in vigore due anni dopo, prevedeva a sua volta, per l'impero tedesco unitario, tanto un sostanziale monopolio dell'accusa nelle mani del pubblico ministero, quanto due istituti intesi ad assicurarne l'ineccepibile esercizio: il principio di legalità (§ 152 II RStPO), quale generale regola di comportamento laddove la legge non prevedesse specifiche eccezioni, e il *Klageerzwingungsverfahren* (allora §§ 170-175).

Dalle discussioni svolte in sede di lavori preparatori al codice ⁽¹⁶¹⁾, appare chiara la volontà di costruire uno strumento processuale in grado di controbilanciare la somma di poteri racchiusa nelle mani del pubblico ministero quale monopolista dell'azione, legato da una stretta catena gerarchica tanto ai ministri della giustizia dei singoli *Länder*, quanto al Ministro imperiale. Meno chiaro risulta quale dovesse essere, in conclusione, lo strumento più adatto allo scopo, se, cioè, una forma di azione penale sussidiaria ovvero un procedimento, attivabile a richiesta di una determinata cerchia di soggetti, e culminante nell'intervento del giudice che ordini al pubblico ministero di esercitare l'azione penale. I detrattori di quest'ultimo sistema sottolineavano con veemenza come esso costituisse un vero e proprio ritorno a schemi e idee inquisitorie, visto che, di fatto, sarebbe stato il giudice a formulare l'imputazione in luogo del pubblico ministero recalcitrante ⁽¹⁶²⁾. I suoi fautori evidenziavano, al contrario, come l'azione penale affidata al singolo cittadino costituisse un regresso verso forme di privatizzazione del

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. K. HAHN, *Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1.2.1877*, 1. Abteilung, Berlin, 1880, 2. Abteilung, Berlin, 1881.

⁽¹⁶²⁾ V. K. HAHN, *Materialien*, cit., I, p. 731.

processo penale non più consone al carattere accentratore dello Stato moderno.

Si noti: due forme di controllo della pubblica accusa sono in discussione, ed entrambe appaiono costruite intorno ad una figura portante, quella del privato cittadino – *quivis de populo* o vittima del commesso reato, a seconda delle impostazioni – che si attiva a tutelare un interesse della collettività personalizzata nello Stato, ossia l'interesse al regolare ed equanime svolgimento delle funzioni introduttive del processo penale. Insomma, il controllo sull'archiviazione viene affidato a colui che si percepisce come titolare di un interesse concorrente con quello pubblico, o in quanto colpito direttamente nella sua sfera giuridica dalla commissione del reato, o in quanto compartecipe di un comune interesse alla repressione di atti socialmente pericolosi ⁽¹⁶³⁾. L'idea di un controllo accentrato nelle mani del giudice, quale autorità incaricata di una *regolare* attività di verifica sull'archiviazione, come nell'italiano codice del 1913, non appare neppure sfiorata nei resoconti dei lavori preparatori.

Palese, dunque, è la volontà del legislatore di evitare, per quanto possibile, il coinvolgimento del giudice nel momento d'introduzione del processo: che si parli di azione penale privata, popolare o d'imputazione coatta, l'intervento dell'autorità giudiziaria viene configurato costantemente come l'"ultima Thule", estrema istanza di un'opera di controllo avviata dal privato cittadino nei casi in cui questi lo ritenga opportuno. Si confida, tra l'altro, nell'efficacia preventiva, esercitata sulla regolarità dei comportamenti del pubblico ministero, dalla minaccia di un possibile intervento del privato insoddisfatto, piuttosto che sulla *routine* di un controllo esercitato in merito ad ogni archiviazione da un organo appositamente preposto a tal compito ⁽¹⁶⁴⁾.

Tra i due sistemi di verifica – azione penale privata sussidiaria o coazione ad agire – finiva per affermarsi quest'ultimo, senza eccessive

⁽¹⁶³⁾ V., per un'analogia opinione, S. JANS, *Die Aushöhlung*, cit., p. 34.

⁽¹⁶⁴⁾ È importante notare come questa convinzione che gli strumenti di controllo sull'archiviazione agiscano soprattutto come "spauracchi" in grado di esercitare efficacia preventiva sui comportamenti del pubblico ministero, sia assolutamente comune a *tutti* coloro che hanno scritto sul *Klageerzwingungsverfahren*. Non viene qui citato nessun autore in particolare appunto perché si tratta di un'idea diffusa senza eccezioni di sorta.

discussioni, ritenendosi il primo troppo contrastante con un ormai secolare costume di gestione pubblica della domanda penale. Particolare interessante: nella versione originaria del progetto legislativo, legittimato all'attivazione del *Klageerzwingungsverfahren* era chiunque avesse effettuato la denuncia del reato archiviato, ma proprio sulla cerchia dei legittimati si riapriva la polemica delle opinioni, una polemica trascinatasi, nella sua essenza, sino al giorno d'oggi. Da un lato, infatti, i portavoce dei governi confederati, riuniti nel *Bundesrat* desideravano configurare lo strumento di controllo, proclamato indispensabile, quale mero ricorso gerarchico interno, mirando ad evitare la costruzione, in capo ad un certo numero di cittadini, di una facoltà potenzialmente in grado d'interferire con la politica dei ministeri della giustizia in materia penale. D'altro canto, la maggioranza parlamentare era decisamente favorevole all'introduzione del controllo giudiziale conclusivo, delineato dal *Kev*, e, per di più, nella massima estensione proposta, ossia quale mezzo di controllo azionabile da chiunque avesse effettuato la denuncia.

Il testo definitivo della *Reichstrafprozeßordnung* sull'argomento, costituì un difficile compromesso tra le due posizioni estreme: legittimato all'istanza introduttiva del *Kev* sarebbe stato solo quel denunciante che possedesse anche la qualifica di "persona offesa" ⁽¹⁶⁵⁾.

Circondato di sostanziose formalità introduttive e fornito di una regolamentazione dei costi del procedimento saldamente indirizzata a scoraggiarne abusi (ed usi eccessivi), il *Klageerzwingungsverfahren* entrava in vigore senza gloria, circondato nei primi anni della sua applicazione dagli strali scientifici della dottrina e dall'indifferenza pressoché totale dei possibili utenti. Si rimproverava al procedimento di costituire una grave breccia nel canone accusatorio "*ne procedat iudex ex officio*", contribuendo, così, a restaurare le mai dimenticate vocazioni inquisitorie di tanti cultori del processo penale, mentre, d'altro canto e contraddittoriamente, lo si accusava di mancare il suo scopo, in quanto privo di reale importanza pratica ⁽¹⁶⁶⁾.

Nel 1924, sulla scia di numerosi progetti di riforma del *Kev*, arenatisi sulle spiagge di difficoltà pratiche prima ancora che giuridiche, la cosiddetta "*Emminger Verordnung*" del 1924 provvedeva ad una non

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. K. HAHN, *Materialien*, II, p. 1993.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. S. JANS, *Die Aushöhlung*, cit., p. 47.

indifferente limitazione dello spazio applicativo del *Klageerzwingungsverfahren*, introducendo, con i §§ 153 e 154, importanti eccezioni all'obbligo del pubblico ministero di esercitare l'azione penale in presenza di un fatto costituente reato. Nella regolamentazione originaria l'unica ipotesi legalmente prevista di non applicabilità del procedimento d'imputazione coatta era costituita da quei reati che fossero perseguibili mediante azione penale privata. Con la *Emminger Verordnung*, il legislatore, spinto dalla necessità di risparmiare sui costi del processo dal disastro economico conseguente alla sconfitta tedesca nella prima guerra mondiale, perseguiva l'obiettivo di lasciar gestire dalla discrezionalità vincolata del pubblico ministero ampi settori della persecuzione penale, introducendo, per la prima volta, una serie di importanti eccezioni alla vigenza di quel principio di legalità che il *Kev* doveva garantire ⁽¹⁶⁷⁾.

Durante il Terzo *Reich*, la rigida impostazione statalista della procedura penale imposta dal nazionalsocialismo e l'idolatria nei confronti del pubblico ministero, considerato quale organo infallibile e, quindi, incontrollabile, conducevano ad una rapida decadenza del *Klageerzwingungsverfahren*, trascurato dalla dottrina, quasi non fosse esistente, quando non condannato quale esempio di istituto informato ad un'impostazione "decadente" del diritto.

Nel 1942, un'ordinanza del *Führer* cancellava dal codice il bistrattato istituto ⁽¹⁶⁸⁾. La sua assenza era destinata a rimanere definitiva nei territori sottoposti, con la fine della guerra, all'influenza dell'Unione

⁽¹⁶⁷⁾ V. G. BISCHOFF, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 12; S. JANS, *Die Ausshölung*, cit., p. 106. I §§ 23 e 24 della *Emminger Verordnung* (inseriti nella *StPO* come §§ 153 e 154) collegavano ad un basso grado di colpevolezza dell'autore del reato e alla scarsa importanza delle conseguenze derivatene, la possibilità, per il p.m., di non esercitare l'azione penale, qualora, nel primo caso, mancasse un'interesse pubblico alla persecuzione del fatto, e, nel secondo, intervenisse un'autorizzazione del giudice. Fu sempre la *Emminger Verordnung* a spostare le norme regolanti il *Kev* dai §§ 170 e ss. ai §§ 172 e ss. *ReichStPO*.

⁽¹⁶⁸⁾ A titolo esemplare del tipo di letteratura circolante durante il dominio nazionalsocialista si leggano le pagine di uno dei rari scrittori che, all'epoca, esternarono la loro opinione in merito al *Klageerzwingungsverfahren*: von ÖETKER, *Legalität, Opportunität, Klageerzwingung*, cit., 370. Particolarmente significative sono le considerazioni pseudo-giuridiche dell'autore sul principio di legalità, di cui si nega la contrapposizione con il c.d. *Opportunitätsprinzip* in nome di un superiore concetto del Bene dello Stato, costituente la base necessaria di ogni decisione del pubblico ministero sull'alternativa azione-archiviazione.

Sovietica (*Deutsche Demokratische Republik*), mentre le forze occidentali d'occupazione restauravano, già nel 1945, nelle zone loro affidate, la versione pre-hitleriana del codice di procedura penale, ivi compreso il *Klageerzwingungsverfahren*.

Gli sviluppi successivi dell'istituto sono contrassegnati dal progressivo restringersi del suo spazio applicativo, conseguenza non direttamente voluta, ma neppure deprecata, dell'inserzione legislativa di nuove ipotesi di vigenza dell'*Opportunitätsprinzip* ⁽¹⁶⁹⁾. L'espresso collegamento, poi, istituito già nel 1953, mediante intervento sul § 172 II *StPO*, tra eccezioni codicistiche al principio di legalità (§§ 153 e ss.) ed esclusione del *Klageerzwingungsverfahren*, stabiliva come dato di fatto indiscutibile quella che prima era solo un'interpretazione dottrinarica e giurisprudenziale non univoca ⁽¹⁷⁰⁾. L'ultima legge che ha influito in maniera decisiva, benché sempre indiretta, mediante, cioè, intervento sui §§ 153 e ss. *StPO*, nella regolamentazione codicistica del *Kev*, risale al 1974.

9. (segue): C) i compiti del "Klageerzwingungsverfahren"

I dati empirici sembrano parlare chiaro: quasi il 30 % di tutte le archiviazioni avvengono in base ai §§ 153 e ss., quindi, secondo valutazioni d'opportunità escluse dalla sfera di controllo del *Kev*; nei rimanenti casi (che, pure non sarebbero pochi!) lo strumento fornito dai §§ 172 e ss. *StPO* viene utilizzato solo contro lo 0,15 % delle decisioni di non esercizio dell'azione penale ⁽¹⁷¹⁾.

Le statistiche consegnano l'immagine di un *Klageerzwingungsverfahren* indebolito dal progressivo aumento della sfera di vigenza del principio d'opportunità e, soprattutto, pressoché ignorato dai possibili utenti.

Sul primo profilo si appuntano, abbondanti, le critiche della dottrina, che vede, in questo progressivo ridursi delle *chances* applicative del

⁽¹⁶⁹⁾ V., in senso fortemente critico, K. WERNER, *Der Einfluß des Verletzten*, cit., p. 21.

⁽¹⁷⁰⁾ V., in tal senso, H. MAYER, *Klageerzwingungsverfahren und Opportunitätsprinzip*, cit., 603.

⁽¹⁷¹⁾ I dati sono riportati da G. BISCHOFF, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 105.

Kev, un'idea politica assolutamente inconferente con gli scopi avuti di mira dal legislatore all'epoca dell'introduzione dell'istituto ⁽¹⁷²⁾. L'orientamento in esame depreca, in sostanza, il collegamento strumentale diretto, per solito effettuato dagli interpreti, tra *Kev* e principio di legalità; i poteri concessi dai §§ 172 e ss. alla vittima del reato, non sarebbero finalizzati ad ottenere, mediante l'intervento interessato del cittadino, un controllo sulla regolarità dei comportamenti del pubblico ministero, bensì a concedere spazio d'azione alle istanze punitive della persona offesa (si parla, anzi, letteralmente, di una vera e propria «*Anspruch des Verletzten auf Genugtuung*»: "Pretesa di soddisfazione") ⁽¹⁷³⁾. Insomma, se lo scopo esistenziale dell'istituto va rintracciato nell'esigenza di tutela della vittima del reato nei confronti di un'inattività statale supposta illegittima, appare chiaro come quell'esigenza si presenti con particolare intensità, proprio nei casi in cui il pubblico ministero archivia in applicazione di criteri ampiamente discrezionali.

L'orientamento dottrinale ora citato si scinde ulteriormente, a seconda che il principio di legalità venga considerato come un compenso concesso alla vittima per la perdita quasi completa del potere d'esercizio dell'azione penale, ovvero come assioma valido *ex se*, e pur sempre oggetto della tutela offerta dal *Klageerzwingungsverfahren*, benché solo mediatamente, quale indiretta conseguenza dell'esercizio di un diritto pubblico della vittima: il diritto alla regolare introduzione del processo penale ⁽¹⁷⁴⁾.

Altrove si sostiene, ancora, come scopo primario del procedimento regolato dai §§ 172 e ss. *StPO* sia l'aumento dell'accettazione sociale nei confronti della *persecutio criminis* gestita dallo Stato, mentre la garanzia del principio di legalità sarebbe soltanto effetto indiretto di un accorto impiego dell'istituto ⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷²⁾ V., in senso fortemente critico, H. MAYER, *Klageerzwingungsverfahren und Opportunitätsprinzip*, cit., 603.

⁽¹⁷³⁾ Così H. MAYER, *Klageerzwingungsverfahren*, cit., 602.

⁽¹⁷⁴⁾ V., per la prima opinione, H. MAYER, *Klageerzwingungsverfahren*, cit., 602; per la seconda, K. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 536; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 243. Il diritto pubblico della vittima ad una corretta conduzione delle indagini e del processo complessivamente inteso deriverebbe, secondo questa impostazione, proprio dall'esistenza del principio di legalità.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. J.R. KIRSTGEN, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 53.

Frutto di un processo di rivalutazione della vittima, iniziato intorno agli anni '70, le posizioni dottrinali ora esaminate sono caratterizzate dalla comune istanza verso un allargamento dello *spatium agendi* del *Kev*, concepito come importante strumento di partecipazione della persona offesa al processo penale ⁽¹⁷⁶⁾.

Un'istanza di questo tipo, comunque, è tutt'altro che estranea anche a quell'ampio settore della dottrina che, pur ribadendo con fermezza il tradizionale orientamento finalistico del *Kev* – la tutela del principio di legalità – non manca di sottolineare come i criteri adottati dalla giurisprudenza nell'attività applicativa dell'istituto finiscano per snaturarne proprio l'essenziale funzione ⁽¹⁷⁷⁾.

Oltre alla surricordata tendenza giurisprudenziale ad interpretare in modo esageratamente rigoroso i presupposti d'ammissibilità del procedimento, la dottrina lamenta, infatti, come lo stesso concetto di "persona offesa", indispensabile ad individuare i titolari del diritto d'introdurre il *Kev*, sia oggetto di continue fluttuazioni interpretative, sempre e comunque insoddisfacenti per la loro ristrettezza ⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ Sull'argomento v., tra i tanti, F. GEERDS, *Zur Rechtsstellung des Verletzten im Strafprozeß*, in JZ, 1984, 786; R. GRANDERATH, *Opferschutz - Totes Recht?*, in NStZ 1984, 399; H. JUNG, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, in ZStW 93 (1981), 1147; ID., *Zur Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, in JR 1984, 309; M. MAYWALD, *Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren*, in GA 1970, 33; P. RIESS, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten zum 55. Deutschen Juristentag*, 1984; C. ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in Ind. Pen., 1989, 5; H. SCHÖCH, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, in NStZ 1984, 385; B. SCHÜNEMANN, *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, in NStZ 1986, 193; T. WEIGEND, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, in ZStW 96 (1984), 761; K. WERNER, *Der Einfluß des Verletzten* cit.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. G. BISCHOFF, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 231; M. KOHLHAAS, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., 140; G. KUPPER, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., 281; S. JANS, *Die Aushöhlung*, cit., p. 268; W. LANGER, *Zur Klageerzwingung*, cit., 95; H. MÖLLER, *Klageerzwingungsverfahren und berechtigtes Vergeltungsbedürfnis*, cit., 1254; F. OSTLER, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 146; K. PETERS, *Strafprozeß*, cit., p. 536; W. POPPE, *Keine Wiederholung*, cit., 1058; P. RIESS, *Alte und neue aktuelle Fragen*, cit., 433.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr., per tutti, W. FRISCH, *Der Begriff des "Verletzten" im Klageerzwingungsverfahren*, cit., 7, che nota come «il concetto di persona offesa contenuto nel § 172 StPO, configura ancor oggi – come pure quello di persona offesa in generale – uno dei concetti meno profilati di tutta la procedura penale... la giurisprudenza sul concetto di persona offesa risveglia l'impressione di una casuistica disordinatamente frastagliata».

Fondandosi sui lavori preparatori della *StPO*, dai quali emerge evidente come il riferimento all'offeso sia nato dalla volontà di non consentire un illimitato accesso del cittadino al *Klageerzwingungsverfahren*, la giurisprudenza prevalente si attiene all'idea che "persona offesa" ex § 172 *StPO* sia colui che ha subito una lesione diretta nei suoi diritti o interessi giuridicamente protetti⁽¹⁷⁹⁾ Un'interpretazione di questo tipo, certo influenzata dall'universo e dal linguaggio civilistico attinente al risarcimento-danni, risente soprattutto del timore di consentire, con l'allargamento della sfera dei legittimati all'istanza d'imputazione coatta, un sicuro sovraccarico della giustizia, senza vantaggi effettivi per la medesima.

Al tentativo dottrinale di allargare l'ambito applicativo del concetto, ma anche di concretizzarlo mediante l'uso di strumenti interpretativi più maneggevoli – tentativo cui va ascritta soprattutto l'idea di collegare l'istante del *Kev* al titolare del bene giuridico protetto dalla norma penale⁽¹⁸⁰⁾ – si affiancano voci, pur autorevoli, propense all'utilizzazione di formule definitorie sicuramente ampie, ma talmente vaghe, da rimanere completamente affidate alla percezione, sostanzialmente emotiva, del singolo giudice. Significativa in tal senso è la tendenza ad identificare la persona offesa con quel soggetto che sia stato colpito in maniera tale dall'azione criminosa, da provare un legittimo «*Vergeltung oder Genugtuungsbedürfnis*» (letteralmente: bisogno di ritorsione o soddisfazione)⁽¹⁸¹⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ Così OLG Köln, in NJW 1972, 1338; OLG Hamm, in NJW 1972, 1874; OLG Hamburg, in JR 1980, 480; OLG Koblenz, in NJW 1985, 1409; OLG Stuttgart, in NJW 1986, 3153; OLG Karlsruhe, in NJW 1987, 1835; OLG Düsseldorf, in MDR 1988, 77.

⁽¹⁸⁰⁾ Così W. FRISCH, *Der Begriff*, cit., 11. È interessante notare come questo criterio in fondo il più logico da utilizzare laddove si parli di lesioni di beni tutelati dalla norma penale sia uno dei meno adoperati dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesche per risolvere la questione interpretativa in discorso. Si ha l'impressione che argomenti extragiuridici – come il timore di aprire le porte ad un vero e proprio abuso del *Kev*, o, al contrario, il desiderio di consentire la più ampia partecipazione dei soggetti individuali al processo penale – influenzino fortemente la possibilità di raggiungere una reale comprensione del concetto utilizzato dal § 172 *StPO*. Per un'idea della tendenza opposta a quella restrittiva propria della giurisprudenza si veda la nebulizzazione concettuale cui va incontro la "persona offesa" nelle pagine di H. JUNG, *Die Stellung*, cit., 1149.

⁽¹⁸¹⁾ Sul significato della formula v. M. MAIWALD, *Die Beteiligung* cit., 52; K. PE-

Per concludere è opportuno richiamare l'attenzione su di un particolare degno di nota: quella stessa dottrina che si mostra estremamente critica nei confronti della configurazione legislativa e giurisprudenziale dell'istituto, cui si addebita la responsabilità del suo carente impiego, non manca di porre in evidenza come, tutto sommato, il fine del *Kev* sia essenzialmente quello di esercitare un'efficacia deterrente su possibili comportamenti illegittimi del pubblico ministero. In altre parole la scarsa applicazione pratica del *Kev* non sarebbe indice di un fallimento dei suoi scopi: al contrario, i medesimi dati empirici starebbero spesso ad indicare che la stragrande maggioranza delle archiviazioni avvengono in pieno ossequio del principio di legalità ⁽¹⁸²⁾.

10. (segue): D) *il ruolo della vittima in funzione di controllo sull'operato del pubblico ministero*

La veloce esplorazione appena compiuta in un universo normativo straniero, ha posto in evidenza sensibili differenze nella configurazione giuridica, se non nei fini, di due istituti che portano lo stesso nome e che abbiamo postulato, all'inizio del discorso, paragonabili.

Il *Klageerzwingungsverfahren*, a prescindere dagli scopi ad esso attribuiti dal legislatore del 1877 o da quelli che amano leggervi i commentatori, funge oggettivamente da sistema processuale di controllo in merito all'osservanza del principio di legalità da parte del pubblico ministero. E, fin qui, *nulla quaestio*. Anche l'udienza prevista dall'art. 409 c.p.p. non mira ad altro che ad un controllo sull'osservanza dell'obbligo imposto al pubblico ministero dall'art. 112 Cost.

Le prime sensibili differenze si scorgono non appena si consideri come, nella *StPO* è la persona offesa a fungere, oggettivamente, da

TERS, *Strafprozeß*, cit., p. 535; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 243. Per una posizione estremamente critica nei confronti del nominato orientamento, G. KUPPER, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., 282.

⁽¹⁸²⁾ Per questa opinione, v. G. BISCHOFF, *Die Praxis*, cit., 64; M. KOHLHAAS, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., 129; G. KUPPER, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., 285; W. LANGER, *Zur Klageerzwingungsverfahren wegen Verfolgung Unschuldiger*, in JR 1989, 95; in particolare, su questo argomento si vedano le valutazioni effettuate, nel corso di approfondite analisi empiriche, da K. WERNER, *Der Einfluß des Verletzten*, cit., p. 232.

“detonatore” nella messa in moto di una reazione a catena, il cui esito possibile è l’inserimento del giudice nella fase d’esercizio dell’azione penale. In altre parole, il legislatore tedesco “strumentalizza” l’interesse soggettivo della vittima all’avvio del processo, utilizzandolo per controllare il comportamento del pubblico ministero.

Si ha l’impressione, sotto questo profilo, che i tentativi dottrinali, realizzati negli ultimi vent’anni, in Germania, di proporre una diversa prospettazione, individuando nel *Kev* lo strumento adeguato a rendere giustizia ai bisogni individuali della vittima, siano stati solo causa di notevole disorientamento interpretativo, nonché motivo di blocco in una possibile evoluzione dell’istituto.

Nel codice italiano il controllo sul comportamento del pubblico ministero che intende archiviare, ha carattere routinario, ed anche la sua versione “in contraddittorio” appare normalmente affidata all’iniziativa del giudice.

L’intervento della persona offesa, che stimoli il giudice per le indagini preliminari in tale direzione, è finalizzato unicamente a dar voce al personale interesse di questo soggetto all’avvio del procedimento.

Si è visto, invece, nell’ordinamento tedesco, il rifiuto di un controllo *regolare* del giudice sull’archiviazione, sia stato originato dal timore, manifestato in sede di lavori preparatori della *StPO* ⁽¹⁸³⁾, che l’intervento del magistrato giudicante al momento dell’esercizio dell’azione penale potesse significare un passo indietro, in direzione del processo inquisitorio. Laddove si consideri che un tale argomento era stato ripetutamente adoperato per respingere la medesima introduzione del *Kev*, è facile immaginare come non fosse neppure configurabile l’idea di un organo giudicante che, *sua sponte*, intervenisse a rompere il monopolio del pubblico ministero. Non va dimenticato come neanche il primo codice processuale penale dell’Italia unita (c.p.p. 1865) contenesse menzione alcuna di un controllo giudiziale sul pubblico ministero archiviante, per non parlare poi di strumenti analoghi all’imputazione coatta. Il codice Finocchiaro - Aprile, che per primo si occupò, nel 1913, della questione, non era più una legislazione rivoluzionaria rispetto ad un recente passato inquisitorio, e perciò maggiormente libera da certe preoccupazioni dogmatiche.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. K. HAHN, *Materialien*, cit., I, p. 727.

Neppure va dimenticato come l'atteggiamento psicologico del giurista tedesco nei confronti delle autorità pubbliche in generale, sia tutt'ora improntato, ad un hegeliano – quasi genetico – culto per lo Stato, in base al quale la fiducia nel comportamento legalmente ineccepibile dell'organo è la regola, scandita da sporadiche eccezioni. È estremamente significativo come quella stessa dottrina, che si esprime in termini assai critici nei confronti del disamore giurisprudenziale per il *Klageerzungsverfahren*, finisce spesso per ritenere lo scarso successo dell'istituto, empiricamente verificato, l'effetto ultimo di un corretto uso del potere d'inazione da parte del pubblico ministero.

La fondamentale differenza di struttura tra *Kev* e il sistema italiano di controllo sull'archiviazione non rende, tuttavia, meno interessante l'idea di un confronto tra ulteriori, peculiari caratteristiche dei due istituti, in particolare per quanto riguarda le modalità attuative di quella forma di reazione contro l'illegittimo comportamento del pubblico ministero che il legislatore italiano regola nel 5° comma dell'art. 409 c.p.p.

11. *Il sistema di controllo sull'inazione*

Si già fatto cenno ai presupposti cui il legislatore subordina la legittimità dell'inazione decisa dal pubblico ministero, identificati essenzialmente nell'infondatezza della *notitia criminis*, ovvero, dal punto di vista processuale, nell'inidoneità degli elementi raccolti durante le indagini a sostenere l'accusa in giudizio.

Dinanzi alla decisione, maturata nell'organo inquirente, di evitare l'avvio del processo penale, si prospetta, in via teorica, una triplice possibile reazione dell'ordinamento: anzitutto, la fase in discorso potrebbe rimaner confinata nella sfera delle competenze proprie dell'organo dell'accusa, laddove il sindacato sull'archiviazione venisse configurato quale controllo gerarchico di tipo amministrativo, attuato dal diretto superiore del pubblico ministero investigante, in via regolare o solo dietro stimolo del cittadino insoddisfatto (*quivis de populo* o persona offesa) ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸⁴⁾ L'*iter* legislativo dell'art. 2, punto n. 50, della Legge-delega del 1987 era stato, in effetti, segnato, ad un certo momento, dal tentativo di proporre una forma d'archiviazione sostanzialmente analoga a quella sopra descritta. La cosa, però, era

Una ulteriore possibilità di reazione è configurata dall'intervento della *iurisdictio* nel procedimento archiviativo, ma solo a seguito di istanza inoltrata presso di essa dalla vittima del reato (o, in alternativa, dal denunciante), sulla falsariga del *Klageerzwingungsverfahren* sperimentato nella Repubblica Federale Tedesca.

La terza forma di sindacato sulla legittimità dell'archiviazione, è anche la più radicale, postulando un intervento del giudice in funzione di controllo che ha luogo non *una tantum* o dietro apposita istanza, bensì regolarmente.

In questi termini era articolato il procedimento di archiviazione nel codice Rocco, dopo la riforma del '44, e non diverso, nella sostanza, si presenta esso attualmente.

Entrambi prevedono un controllo cosiddetto "giurisdizionale" sul comportamento del pubblico ministero che decida di non esercitare l'azione. Le differenze tra i due sistemi si profilano allorché si considerino i *modi* di quel controllo.

Il codice del '30 contemplava una reazione alquanto semplificata del giudice istruttore alla "proposta di archiviazione": un decreto positivo, qualora condividesse l'operato del pubblico ministero, e, in caso contrario, un'ordinanza, mediante la quale si appropriava delle indagini, statuendo la prosecuzione dell'istruttoria in via formale (art. 74, 3° comma, c.p.p. 1930).

Ai sensi dell'art. 409 c.p.p., alla richiesta d'invio degli atti all'archivio presentata dall'inquirente, il giudice per le indagini preliminari può rispondere in due modi: pronunciando decreto motivato, nell'ipotesi in cui condivida la prospettazione offerta dal pubblico ministero, ovvero fissando la data di un'udienza camerale – cui potranno partecipare parti e persona offesa – laddove gli sorgano dubbi sulla correttezza della decisione assunta in merito all'alternativa azione-archiviazione.

Una variante allo schema è costruita dal combinato disposto degli artt. 409, 1° comma, e 410, 1° comma, c.p.p.: nel caso in cui la sedicente vittima del reato si opponga alla richiesta di archiviazione, al giudice è preclusa la possibilità di evitare l'udienza in camera di consiglio, pure

morta di morte naturale prima ancora di poter incontrare opposizione da parte dei sostenitori di una forma di procedimento archiviativo controllato dal giudice. Si veda in proposito G. CONSO, V. GREVI e G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., III, p. 468.

se, per avventura, aderisse al punto di vista del pubblico ministero. Salvo che l'opposizione risulti inammissibile, sarà costretto a vagliare la proposta d'archiviazione nel contraddittorio delle parti ⁽¹⁸⁵⁾.

Quali che siano state le modalità introduttive dell'udienza, i suoi esiti, comunque, rimangono tre: provvedimento positivo, qualora il giudice si convinca della legittimità dell'archiviazione richiesta, e due provvedimenti negativi in caso contrario, l'uno finalizzato a costringere l'inquirente ad un completamento del materiale conoscitivo mediante ulteriori indagini, l'altro consistente in un ordine di esercizio dell'azione penale ingiustificatamente elusa.

Il complesso meccanismo così delineato, mira a rendere possibile un massimo di controllo sull'operato del pubblico ministero, con il minimo sacrificio del principio secondo cui l'intervento della *iurisdictio*, in funzione decisoria sul merito, deve essere sempre subordinato alla domanda di un soggetto diverso dall'organo giurisdicante, principio sintetizzato nel noto canone "*ne procedat iudex ex officio*" ⁽¹⁸⁶⁾.

La difficoltà dell'alchimia deriva proprio dal fatto che il giudice — quale organo per definizione imparziale — è il "controllore" più adatto allo scopo, mentre quella stessa imparzialità, istituzionalmente preordinata allo svolgimento della funzione decisoria dibattimentale, sembra rendere opinabile, dal punto di vista dogmatico, un suo diretto coinvolgimento nell'atto di "provocazione" della *iurisdictio*.

Sotto la vigenza del codice 1930, l'esito negativo del controllo operato dal giudice istruttore sull'archiviazione, produceva, quale conseguenza automatica, l'inizio dell'istruttoria in via formale e, quindi, l'esercizio dell'azione ad opera del medesimo organo controllante. Abbiamo in precedenza notato come, ad evitare lo scardinamento del "*ne procedat iudex ex officio*" quale ineludibile esito del costruito normativo in discorso, parte della dottrina tentasse di leggere nella richiesta ex art. 74 c.p.p. 1930 una forma d'esercizio dell'azione penale ⁽¹⁸⁷⁾; espediente in apparenza risolutivo, ma, nella sostanza, inutile, in quan-

⁽¹⁸⁵⁾ V. *infra* il § 14 del presente capitolo.

⁽¹⁸⁶⁾ Rilevano la difficoltà della conciliazione tra le due opposte esigenze, A. BERNARDI, *Art. 409*, cit., p. 538; G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 57; V. GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria"*, cit., 1301; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 12.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. in tal senso, per tutti, G. LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, cit., 491.

to, al di là della diversa formula dogmatica, rimaneva intatta la realtà di un avvio della giurisdizione penale operato integralmente dal giudice, in luogo del pubblico ministero ⁽¹⁸⁸⁾.

Un'obiezione del genere è stata fatta contro il sistema di controllo sull'archiviazione voluto dal legislatore del 1988, soprattutto nel suo esito più radicale, costituito dalla cosiddetta "imputazione coatta" di cui al 5° comma dell'art. 409 c.p.p.; si tratterebbe di «un prodotto normativo macchinoso nella forma e farisaico nella sostanza» ⁽¹⁸⁹⁾.

A ben vedere, il legislatore, con la complessiva disciplina risultante dall'art. 409 c.p.p., ha risolto in modo tendenzialmente equilibrato e, soprattutto, con notevole realismo un problema di difficile soluzione tanto sotto il profilo delle sue possibili conseguenze pratiche, quanto dal punto di vista del sempre indispensabile inquadramento dogmatico ⁽¹⁹⁰⁾. È chiaro che l'esito di tanto sforzo non avrebbe potuto essere assolutamente ineccepibile: non accade mai laddove esigenze concrete e aspirazioni assiomatiche si scontrano frontalmente sul campo di battaglia di un singolo istituto.

Ma, prima di approfondire il profilo in discorso, sembra utile avviare un "inquadramento concettuale" del complessivo sistema di controllo sull'archiviazione costruito dal legislatore dell'88.

Anzitutto sembra opportuno chiedersi se la fase procedimentale connotata dall'inserimento dell'udienza in camera di consiglio, svolta

⁽¹⁸⁸⁾ Appare, perciò, assai poco comprensibile l'atteggiamento di chi, oggi, plaude a quella soluzione dottrinale, rilevando come essa avesse risolto ogni problema attinente alla deroga dell'importante principio accusatorio. Così, A. GRASSI, *Appunti per una questione di costituzionalità*, cit., 311, secondo il quale «la dottrina si era preoccupata del rispetto del principio *ne procedat iudex ex officio*, ma tale difficoltà era stata superata agevolmente osservando che, dato il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, il p.m. promuoveva tale azione anche quando avanzava una richiesta di archiviazione non condivisa dal g.i...».

⁽¹⁸⁹⁾ Così G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., p. 9.

⁽¹⁹⁰⁾ Per questa opinione v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 406; P. FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Dif. Pen.*, 1989, 138, ora inserito nel volume *Studi sul processo penale*, cit., p. 51; F. GIANNITI, *La poliedrica figura del giudice per le indagini preliminari*, in *Ind. Pen.*, 1989, 603; V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria*, cit., 1301; A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 3ª ed., 1993, p. 232; G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari*, cit., p. 378.

nel contraddittorio eventuale delle parti sulla richiesta del pubblico ministero, sia qualificabile o no come esercizio di giurisdizione.

Nel porre un simile quesito, l'intento non è certo quello di duplicare la passata polemica sul carattere giurisdizionale, quasi-giurisdizionale o amministrativo del provvedimento di archiviazione⁽¹⁹¹⁾. Il senso e lo scopo di quella polemica stava nella volontà di fornire un supporto dogmatico incontestabile alla soluzione del problema concernente l'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione.

Il codice attuale regola espressamente le modalità di revoca dell'atto giuridico in discorso (art. 414 c.p.p.) e quella disciplina contiene, *in nuce*, ogni risposta al quesito se ed in quali termini esso configuri una forma di preclusione⁽¹⁹²⁾.

Chiarire, dunque, la natura dell'udienza *ex art.* 409 c.p.p., corrisponde anzitutto ad un'esigenza di limpidezza concettuale; esigenza, già di per sé, tutt'altro che eludibile. In secondo luogo dalla risposta a tale quesito – e a quelli successivi che, eventualmente ne derivassero – dipende la soluzione di un'importante necessità pratica, ovvero la tutela dell'imputato da un possibile pre-giudizio derivante dal provvedimento d'"imputazione coatta".

Sulle orme della Relazione al progetto preliminare del codice, una parte della dottrina nega alle ordinanze conclusive dell'udienza *ex art.* 409 c.p.p. il carattere della giurisdizionalità, collocandosi l'udienza in discorso in un momento temporalmente precedente l'esercizio dell'azione penale e, quindi, al di fuori del "processo" vero e proprio⁽¹⁹³⁾.

In base a considerazioni di analogo tenore, altrove l'udienza viene considerata un «*monstrum* processuale», in quanto si rintracciano in

⁽¹⁹¹⁾ Sulla nota polemica v., per tutti, con dovizia di riferimenti dottrinali, A.A. DALIA, *Il decreto di archiviazione*, cit., p. 20.

⁽¹⁹²⁾ Sull'argomento v. A. BERNARDI, *Art. 414*, in *Commento al nuovo codice*, cit., p. 554; L. CARLI, *Preclusione e riapertura delle indagini nell'art. 414 c.p.p.*, in *Giur. It.*, 1994, II, 637; N. CARULLI, *Dell'archiviazione*, cit., p. 46; G. CONGIU, *Sulla revocabilità del decreto di archiviazione*, in *Giur. It.*, 1992, II, 601; G. CONTI e A. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1991, p. 19; G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 71; R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1991, p. 350; A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 337; E. SELVAGGI, *Sulla revocabilità del decreto di archiviazione* in *Cass. Pen.*, 1991, II, 586; nonché, volendo, C. VALENTINI REUTER, *In tema di riapertura delle indagini dopo l'archiviazione*, cit., 314.

⁽¹⁹³⁾ Per questa opinione, v. A. BERNARDI, *Art. 409*, cit., p. 534.

essa tutti i caratteri della *iurisdictio*, in mancanza, però, dell'atto idoneo a provocarla, ovvero l'azione ⁽¹⁹⁴⁾.

Infine, non manca chi ravvisa nel fenomeno di cui si discute una forma di attività senz'altro qualificabile come giurisdizione, ma non "penale" *stricto sensu* ⁽¹⁹⁵⁾.

A ben riflettere, non esistono motivi concreti che inducano l'interprete a negare la natura di fase giurisdizionale in senso proprio all'udienza prevista dall'art. 409 c.p.p.

Si è già notato come il concetto di *iurisdictio* sia caratterizzato da un nucleo immanente, identificantesi nella sua specifica funzione sociale e quindi, in sostanza, nella ragione ultima della sua comparsa storica: la cosiddetta sostituzione delle parti, corollario logico del divieto di "ragion privata".

Si è anche sottolineato, però, come accanto a questa caratteristica "nucleare", denotante lo scopo della funzione, esistano "segni" estrinseci, rivelatori della *iurisdictio*, che variano da ordinamento a ordinamento e anche da legislazione a legislazione.

⁽¹⁹⁴⁾ Così A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 259 che chiarisce come «sul piano concettuale siamo di fronte ad una sorta di paradosso: si fa luogo ad un procedimento di carattere giurisdizionale, con la presenza e il contraddittorio delle parti, che in quanto tale presenta i connotati tipici del processo, al solo fine di stabilire se si debba instaurare o meno il processo stesso. Se infatti tecnicamente il processo vero e proprio ha inizio con l'esercizio dell'azione penale e quindi con la formulazione dell'imputazione, ciò non toglie che le sue caratteristiche tipiche siano pur sempre l'esistenza di una controversia giuridica, la presenza dell'organo giurisdizionale, e la realizzazione del contraddittorio delle parti. Viene pertanto spontaneo chiedersi da dove prenda origine questa anomala forma di processo preliminare.»

⁽¹⁹⁵⁾ Secondo quest'orientamento «...le attività d'indagine preliminare non appartengono al processo... può ben darsi che, in assoluto... non si dia mai collegamento con il processo penale perché esso non ha ragione di venire ad esistenza, come accade per il caso dell'archiviazione» perciò «è chiaro che la qualificazione di giurisdizione penale è inadeguata per difetto ad esprimere il fenomeno in esame». Così C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 335. Una posizione, per così dire, "intermedia" sul problema in discorso è quella assunta da G. TRANCHINA, *Ruoli innaturali e innaturali*, cit., 504, il quale, pur ravvisando, in generale, nell'intervento del giudice in corso delle indagini preliminari una caratteristica forma epifanica della giurisdizione, intesa quale funzione attinente allo «*jus dicere* nell'ambito di una contesa *inter partes*», ritiene che, dato il ruolo di eventuale impulso all'azione, rivestito dal giuridice nell'udienza *ex art. 409 c.p.p.*, il suo intervento in quel contesto riveli una "cifra d'inquisitorialità" inconciliabile col ruolo di «un organo effettivamente giurisdizionale».

Il codice del 1988, coerente con l'intento di realizzare un processo di stampo "accusatorio", ravvisa il segno peculiare della *iurisdictio* nella "terzietà" del giudice, ed è indubbio che da tale carattere sia improntato anche il ruolo giocato dal giudice per le indagini preliminari nello specifico contesto dell'udienza *ex art.* 409 c.p.p. Si può dire, anzi, che, come sopra sottolineato, quell'udienza, quale momento di verifica e chiarimento circa la legittimità dell'archiviazione richiesta dal pubblico ministero, esiste proprio in virtù ed in funzione del controllo "imparziale" svolto dall'organo giudicante.

Nel suo seno ha luogo un contrasto tra l'"interesse" di una parte – il pubblico ministero appunto – a non proseguire per la via che essa ritiene di non dover percorrere, ossia l'esercizio dell'azione penale, e quello della comunità societaria al riconoscimento del crimine commesso, interessi entrambi racchiusi nell'anima dell'art. 112 Cost. A questo primario antagonismo si accosta e si somma, specularmente, quello tra due interessi individuali: dell'indagato a non subire il processo penale e della sedicente vittima a che quel medesimo processo non venga illegittimamente accantonato ⁽¹⁹⁶⁾.

Il giudice per le indagini preliminari interviene con la precisa funzione di garantire, imparzialmente, l'ottemperanza al principio costituzionale di obbligatorietà ⁽¹⁹⁷⁾ e, quindi, di comporre il contrasto d'interessi che in quel principio si trova sublimato ⁽¹⁹⁸⁾.

⁽¹⁹⁶⁾ Riconosce alla persona offesa il «diritto (o, quantomeno, la legittima aspirazione) dell'offeso a vedere realizzata la sua pretesa punitiva» L. GIULIANI, *Sul ricorso per cassazione della persona offesa dal reato contro il decreto di archiviazione*, cit., 2296. Cfr., però, in senso contrario al riconoscimento, nel processo penale, di un tale diritto, come tale, in capo all'offeso, A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, p. 257. L'argomento gode nella letteratura tedesca di ampio interesse, in particolare con riferimento al ruolo svolto dalla vittima del reato nel *Klageerzwingungsverfahren*. Cfr., per tutti, K. WERNER, *Der Einfluß des Verletzten*, cit., *passim*.

⁽¹⁹⁷⁾ Per la funzione di garanzia della legalità costituzionale esercitata dal giudice per le indagini preliminari nello specifico contesto dell'udienza per l'archiviazione v. C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 339; V. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in *Giust. Pen.*, 1988, III, 353.

⁽¹⁹⁸⁾ Sul ruolo di "garante" svolto dal g.i.p. durante la fase delle indagini preliminari in generale, v. M. BILANCETTI, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. Pen.*, 1989, III, 296; R. CENICCOLA, *Il giudice delle indagini preliminari*, *ivi*, 1989, III, 653; G. CONTI, *Il giudice per le indagini preliminari*, in *Doc.*

Quanto all'obiezione secondo la quale il controllo del giudice per le indagini preliminari sulla richiesta del pubblico ministero non potrebbe costituire una *forma* della funzione giurisdizionale a causa del suo *precedere* l'atto con cui l'ordinamento evoca la *iurisdictio*, ossia l'atto di esercizio dell'azione, si tratta, in verità, di un falso problema.

Tutto sta ad intendersi sul concetto di azione. All'inizio di quest'indagine si è sottolineato come essa, al pari della giurisdizione, possieda un nucleo immanente, dogmatizzabile, costituito dal suo ruolo di atto provocativo dell'intervento di un organo in funzione decisoria; ma, si è visto pure che, accanto a quel nucleo sempre uguale, l'azione possiede caratteristiche liberamente delineate dal legislatore in coerenza con gli scopi di volta in volta perseguiti. In particolare, essa potrà essere "astratta" oppure "concreta", potrà consistere, cioè, laddove di azione penale si tratti, in un atto di mera evocazione della *iurisdictio*, ma anche in una vera e propria "richiesta di condanna".

Ora, nel caso dell'udienza *ex art.* 409 c.p.p., ci troviamo dinanzi ad una giurisdizione certo antecedente all'esercizio dell'azione penale ⁽¹⁹⁹⁾, quale configurata dall'art. 405 c.p.p. – ossia una richiesta di condanna, sostanziantesi in un atto imputativo ⁽²⁰⁰⁾ – ma non per que-

Giust., 1988, 118; M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993, *passim*; P. FERRUA, *Il ruolo del giudice*, cit., 139; F. GIANNITI, *La poliedrica figura*, cit., 603; V. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, cit., 358; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 339; G. TRANCHINA, *Ruoli naturali e innaturali*, cit., 500; E. ZAPPALÀ *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, cit., p. 51. Sulla posizione di garante del g.i.p. v., però, criticamente, P. DE LALLA, *Idee per un «complemento istruttorio»*, cit., *passim*. Un recente convegno ha, del resto, messo a nudo tutti i difetti – probabilmente genetici – di una figura che troppo spesso sembra adagiarsi passivamente sulla posizione della pubblica accusa; cfr. *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione. Atti del Convegno, Mattinata, 23-25 settembre 1994* (in corso di pubblicazione).

⁽¹⁹⁹⁾ Il problema ovviamente non si pone per chi ritiene tutt'ora valido lo schema interpretativo fornito dal concetto di azione-attività, per chi ritiene, cioè, che l'azione penale venga "iniziata" con le indagini preliminari e meramente "esercitata" con la richiesta di rinvio a giudizio. Per questo orientamento v. F. MENCARELLI, *Procedimento probatorio e archiviazione*, cit., p. 141.

⁽²⁰⁰⁾ Sul carattere "concreto" dell'azione penale quale delineata dall'art. 405 c.p.p. e dal complessivo sistema codicistico, v., in via di approssimazione, G. SALVI, *L'esercizio dell'azione penale in concreto, le indagini preliminari, il p.m.*, in *Quest. Giust.*, 1991, 879; nonché, *infra*, Cap. VI.

sto sprovvista di un apposita forma di azione, identificantesi nell'atto con cui il pubblico ministero evoca l'intervento del giudice per le indagini preliminari sulla propria richiesta: una forma di azione "astratta" in altre parole ⁽²⁰¹⁾.

Il fenomeno di una fase giurisdizionale esistente prima e a prescindere da quella evocata nell'atto di esercizio dell'azione penale indirizzata all'accertamento del reato, non è strano e neppure nuovo.

Sotto la vigenza del codice Rocco, la dottrina aveva, infatti, individuato, accanto all'azione cosiddetta "principale", la categoria, dai mutevoli confini, delle azioni penali "secondarie o complementari", caratterizzate dal fatto di consistere in una richiesta di decisione su un oggetto differente dall'accertamento del reato ⁽²⁰²⁾. Tipico esempio del *genus*, era il potere del Procuratore generale, previsto dall'art. 666 c.p.p. 1930, di promuovere il giudizio della sezione istruttoria in caso di estradizione passiva, ma le ipotesi individuate erano numerose.

Alla luce di tali considerazioni, non si comprende davvero per qual motivo debba essere considerato un «paradosso» o addirittura un «*monstrum* giuridico», il fenomeno di un procedimento a carattere giurisdizionale evocato «al solo fine di stabilire se si debba instaurare o meno il processo stesso» ⁽²⁰³⁾.

⁽²⁰¹⁾ A scanso di equivoci, sembra indispensabile un chiarimento: si è definita "astratta" la forma di azione esercitata dal pubblico ministero con la richiesta di archiviazione. Guardando la cosa sotto un diverso punto di vista potremmo dire, però, di trovarci di fronte ad una ipotesi di azione "concreta", in quanto diretta non alla pronunzia di un "provvedimento purchessia", ma alla pronunzia di un provvedimento di archiviazione. È una questione prospettica che non muta, comunque, l'essenza del problema. Sia che si tratti di azione "astratta", sia che si tratti di azione "concreta" – concretezza ovviamente diversa da quella che caratterizza gli atti di promovimento di cui all'art. 405 c.p.p. – resta il fatto che la richiesta del pubblico ministero al giudice in fase archiviativa rimane una forma di "provocazione della *iurisdictio*".

⁽²⁰²⁾ Sull'argomento v. G. GUARNERI, voce *Azione penale*, cit., p. 68; G. LEONE, voce *Azione penale*, cit., p. 856; E. MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., 16; Gius. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale*, Torino, 1956, pp. 16 e 36. È opportuno sottolineare che l'argomento è stato piuttosto trascurato dalla dottrina, sull'onda di un orientamento di concentrazione sui caratteri "più appariscenti" dell'azione penale, primo tra tutti, la c.d. obbligatorietà. Significativa, in tal senso, la posizione di P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 102.

⁽²⁰³⁾ In questi termini A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 259. Vi è, peraltro, chi nega formalmente che sia "giurisdizionale" l'attività che si conclude con un eventuale ordine d'indagare. In tal senso v. M. FERRAIOLI, *Il ruolo*, cit., p. 105.

Il ruolo di garante della legalità del comportamento del pubblico ministero, svolto dal giudice in sede di udienza per l'archiviazione, consente, anzi, di caratterizzare ulteriormente la definizione che si accoglie, determinando il *tipo* di *iurisdictio* esercitata: si tratta della cosiddetta giurisdizione "di controllo" ⁽²⁰⁴⁾.

Questa peculiare coloritura consentirà, nel proseguo dell'indagine, di risolvere alcuni problemi nascenti dal rapporto che s'instaura tra pubblico ministero e giudice al momento in cui quest'ultimo conclude l'udienza con un provvedimento avente a proprio contenuto l'*ordine* rivolto all'organo dell'accusa di svolgere ulteriori indagini ovvero di formulare l'imputazione. Per il momento è sufficiente rilevare come nella *iurisdictio* esercitata nella sede di cui all'art. 409 c.p.p., sia possibile rintracciare, senza particolari sforzi, tutti i caratteri di quella che la teoria amministrativa chiama "funzione di controllo", quale giudizio logico di conformità a norme di vario ordine e grado, esercitato tra due organi non necessariamente in rapporto di sopraordinazione e avente lo scopo di «garantire la regolarità formale e sostanziale» di un atto o di un'attività determinati ⁽²⁰⁵⁾.

Da questa definizione di "attività controllante" deriva un primo corollario: il parametro usato dal giudice per valutare la legittimità della scelta operata dal pubblico ministero è ovviamente lo stesso che l'organo investigante ha o dovrebbe aver adoperato allo scopo di decidere se agire o archiviare.

In altre parole, il giudice controlla l'effettiva inidoneità degli elementi raccolti durante le indagini preliminari a sostenere l'accusa in giudizio.

Si tratta di un rilievo solo in apparenza scontato e da esso deriva una conclusione tanto inevitabile, quanto di fondamentale importanza:

⁽²⁰⁴⁾ Sul concetto di "controllo giurisdizionale", nell'ambito della più estesa nozione di "controllo" v. M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 1263.

⁽²⁰⁵⁾ Per un primo approfondimento della nozione di controllo, quale elaborata dalla dottrina amministrativistica v. G. BERTI e L. TUMIATI, voce *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 298; U. FORTI, *I controlli sull'amministrazione comunale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, II, 2, Milano, 1915, p. 608; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 308; ID., *Controllo: nozioni e problemi*, cit., 1263; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, p. 243.

il provvedimento emesso al termine dell'udienza per l'archiviazione, sia esso positivo, sia esso negativo, non ha e non potrebbe mai avere carattere di "merito" ⁽²⁰⁶⁾. Esso non consiste, a ben vedere, in un giudizio di esistenza e di sussunzione nella norma sostanziale dei fatti emersi dall'indagine, bensì in un giudizio di controllo circa l'idoneità dei fatti medesimi a sostenere l'accusa in giudizio.

La cosa pare meno evidente, qualora si prenda in considerazione il parametro dell'"infondatezza"; qui sembrerebbe, in apparenza, esservi un accertamento sull'esistenza e il valore normativo di una determinata fattispecie concreta. In realtà, anche in tale contesto, l'accertamento sull'accaduto storico costituisce null'altro che una tappa gnoseologica *strumentale* al giudizio che il giudice per le indagini preliminari deve effettuare circa la conformità della valutazione operata dal pubblico ministero al parametro archiviativo ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁶⁾ "Merito" e "rito" sono «i due termini attorno ai quali si articola l'intero organismo processuale. L'uno... costituisce quello che si dice anche oggetto del processo e, cioè, in campo penale... la sussistenza o meno del dovere di punire... Il secondo comprende genericamente tutti i requisiti dai quali dipende la regolarità del processo». In questi termini O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, p. 7, sottolinea la fondamentale differenza tra i due tipi di pronuncia decisoria cui il giudice penale può giungere nell'esercizio della sua funzione. Nella lingua tedesca il concetto di "merito" viene reso, attraverso un segno semantico estremamente significativo, con la parola *Hauptsache*, ossia "la cosa principale", identificantesi, evidentemente, nel contesto del processo penale, con l'accertamento della colpevolezza o innocenza dell'imputato. Sul concetto di "merito" è utile ancora la lettura delle pagine di F. CORDERO, voce *Merito*, in *Novissimo Dig. It.*, X, Torino, 1968, p. 578; ID., *Le situazioni soggettive*, cit., p. 145; A. GAITO, voce *Procedibilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 804; D. SIRACUSANO, *Principi generali in tema di sentenza penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1969, 5; nonché, con riferimento alla medesima problematica, guardata, però, sotto il profilo della natura attribuibile alla sentenza istruttoria di proscioglimento, P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria*, Padova, 1969, pp. 30 e 110; D. SIRACUSANO, voce *Assoluzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 923. Una precisazione appena necessaria: la parola "merito" adottata dai processualpenalisti a definire l'oggetto del processo, non ha nulla a che fare con l'analogo vocabolo usato dalla dottrina amministrativa. Per un'idea delle essenziali differenze v. G. CORAGGIO, voce *Merito (diritto amministrativo)*, *ivi*, XXV, Milano, 1976, p. 130; V. OTTAVIANO, voce *Merito amministrativo*, in *Novissimo Dig. It.*, X, Torino, 1968, p. 575.

⁽²⁰⁷⁾ Si tratta di quel fenomeno c.d. dell'"interferenza" tra merito e rito, causata dal fatto che «agli effetti del giudizio intorno al dovere di procedere, non ci si può esimere, in alcuni casi, dall'apprezzare il valore giuridico del fatto costituente oggetto

Insomma, tanto il provvedimento d'archiviazione, quanto i due provvedimenti cosiddetti d'indagine e d'imputazione coatta, non decidono sulla *Hauptsache*, ma costituiscono meri provvedimenti di "rito", unicamente indirizzati ad accertare non l'esistenza del dovere di punire, ma l'esistenza del dovere di procedere ⁽²⁰⁸⁾.

Questa opinione, però, non è pacifica. In senso opposto, è stato affermato che, ferma restando la natura processuale dei due provvedimenti negativi previsti dall'art. 409 c.p.p., nell'ordinanza e nel decreto di archiviazione è «contenuto un accertamento, e cioè un giudizio di merito emesso al termine di un'attività conoscitiva», con il quale si accerta l'innocenza dell'indagato ⁽²⁰⁹⁾.

All'opinione in esame, può obiettarsi che non corrisponde né ai canoni della logica, né a quelli dell'ordinamento – che certo "tenta" sempre di rimanere nei confini della logica – dedurre dall'esistenza di

dell'accusa...; in altri, le risultanze dell'indagine volta alla ricostruzione del fatto sono decisive al fine d'affermare o negare la possibilità d'una decisione di merito». Così F. CORDERO, voce *Merito*, cit., p. 579. Un'ipotesi di questo tipo si verificava, sotto la vigenza del codice 1930, proprio nel caso della sentenza istruttoria di proscioglimento (art. 378 c.p.p. abr.), considerata ora sentenza di merito, ora sentenza processuale, a seconda che la dottrina considerasse l'accertamento dell'insussistenza del fatto storico o della sua non attribuibilità all'imputato, come oggetto centrale del giudizio operato dal giudice istruttore, ovvero come mero fenomeno d'interferenza di un giudizio di merito con uno di rito. Nell'ultimo senso, limpidamente, O. DOMINIONI, *Improcedibilità*, cit., p. 296; *contra* P. NUVOLONE, *Contributo*, cit., p. 30.

⁽²⁰⁸⁾ Con la stessa logica, la dottrina notava come il procedimento istruttorio previsto dal codice Rocco potesse concludersi sempre e solo con una decisione di rito, in quanto caratterizzato da un *thema decidendum* di natura processuale (ovvero la sua perseguibilità in fase di giudizio). In questi termini, O. DOMINIONI, *Improcedibilità*, cit., p. 48. V. Peraltro, nel senso che entrambi i provvedimenti d'archiviazione (decreto e ordinanza) abbiano natura di "merito", cfr. V. PERCHINUNNO, *Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all'azione penale*, in *Il giudice per le indagini preliminari*, cit. p. 14 (del dattiloscritto).

⁽²⁰⁹⁾ Così A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 292. Va sottolineato che l'autore, oltre ad incorrere in un palese fraintendimento del concetto di "decisione di merito", ravvisata in ogni contesto in cui vi sia un giudizio intorno ai fatti oggetto dell'indagine, non si avvede di entrare in contraddizione con le sue stesse premesse. In effetti, l'assunto che il giudice per le indagini preliminari, in sede di controllo sull'archiviazione proceda «ad una valutazione... fatta tutta nella prospettiva accusatoria, dato che... non agisce in questa sede... quale organo che esprime le sue valutazioni secondo i tipici canoni della logica decisoria» non sembra agevolmente conciliabile con l'idea che quello stesso giudice emetta una vera e propria decisione di merito, mediante la quale riconosce l'innocenza dell'imputato.

un'operazione intellettuale a rilevanza giuridica qual è l'accertamento, il ricorrere di una decisione di merito. Come sopra rilevato, esiste un numero non indifferente di provvedimenti cosiddetti "di rito" aventi a proprio imprescindibile presupposto un'attività di accertamento dei fatti storici e della loro rilevanza giuridica ⁽²¹⁰⁾, tant'è che in dottrina si parla di "fatti d'accertamento sostanziale" e "fatti d'accertamento processuale" ⁽²¹¹⁾. Si aggiunga, poi, che egualmente poco convincente è l'idea che lo stesso tipo di giudizio possa condurre, una volta, ad una decisione di merito e, una volta, ad una decisione di rito, a seconda che il giudice per le indagini preliminari decida di condividere la richiesta del pubblico ministero ovvero la respinga ⁽²¹²⁾. E questo, solo che ci si

⁽²¹⁰⁾ Cfr. F. CORDERO, voce *Merito*, cit., p. 580.

⁽²¹¹⁾ Per questa distinzione v. A. FALZEA, voce *Accertamento*, cit., p. 214, il quale specifica come le due categorie di operazioni d'accertamento sono distinguibili in base al fatto che «l'effetto preclusivo [derivante dall'accertamento, *n.d.r.*] spieghi la propria funzione fondamentale direttamente sul piano dei rapporti giuridici sostanziali o invece sul piano del processo: fatti di accertamento sostanziale i primi e fatti di accertamento processuale i secondi. Gli uni producono un effetto giuridico di grado maggiore, perché l'effetto preclusivo si svolge sugli stessi rapporti di diritto sostanziale, mentre gli altri producono un effetto giuridico di grado minore, perché l'effetto preclusivo è limitato nell'ambito del processo... Questa graduazione implica anche una gerarchia di ordine giuridico, perché l'effetto di accertamento sostanziale assorbe e supera ogni effetto di accertamento processuale...». Volendo tradurre questi concetti nell'universo processualpenalistico, se ne trae il corollario che l'accertamento contenuto nel provvedimento di archiviazione ha un'efficacia preclusiva di carattere meramente processuale, tant'è vero che essa viene agevolmente superata dalla sentenza di condanna emessa quale seguito della riapertura delle indagini *ex art.* 414 c.p.p., mentre l'accertamento contenuto nella sentenza definitiva di assoluzione dà luogo a quel radicale effetto preclusivo che è proprio della *res iudicata*. Sul l'accertamento v. pure C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., I, p. 23; L. MONTESANO, voce *Accertamento*, cit., p. 1.

⁽²¹²⁾ Rilevando una analoga contraddizione, si negava, sotto la vigenza del codice Rocco che la sentenza istruttoria di proscioglimento potesse costituire provvedimento di merito, dinanzi al decreto di rinvio a giudizio, configurato quale provvedimento di rito. «In altri termini» si argomentava «la situazione d'ordine processuale che costituisce il *tipico* oggetto dell'istruzione penale – cioè il dovere di far proseguire il processo alla fase del giudizio – per il solo fatto di essere incappata in una verifica negativa, farebbe emergere una situazione giuridica pertinente alla sfera di diritto sostanziale, qual'è il dovere di punire l'imputato, che assurgerebbe ad oggetto d'accertamento negativo nella sentenza istruttoria di proscioglimento. Le medesime questioni di fatto e di diritto si collegherebbero quindi a statuizioni a contenuto processuale o sostanziale *secundum eventum litis*, a seconda cioè del risultato positivo o

voglia limitare a mettere in rilievo le incongruenze dogmatiche cui si perviene seguendo l'orientamento criticato. Ma, in verità, esistono motivi di ordine diverso che inducono a respingere con fermezza l'idea di una natura "di merito" del provvedimento d'archiviazione. A voler "leggere" nell'atto in discorso una forma di riconoscimento dell'innocenza dell'imputato, si attribuisce all'eventuale esito negativo dell'udienza *ex art.* 409 c.p.p. (in particolare, all'ordinanza d'imputazione coatta) un pesante significato di pre-giudizio nei confronti della persona assoggettata a procedimento penale ⁽²¹³⁾.

È vero che, comunque, il provvedimento previsto dall'art. 409, 5° comma, c.p.p. non ha, neppure per la criticata opinione, natura di provvedimento di merito e, quindi, dal punto di vista dogmatico, dovrebbe essere inidoneo a provocare qualsiasi riverbero negativo sulla posizione dell'indagato e futuro imputato. In realtà, che pure un provvedimento meramente processuale possa causare, a causa delle sue peculiari caratteristiche, un effetto di pre-giudizio, è stato indirettamente riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza con cui ha dichiarato l'incompatibilità a decidere sul giudizio abbreviato del giudice per le indagini preliminari che abbia, in precedenza, ordinato al pubblico ministero l'imputazione coatta ⁽²¹⁴⁾. Insomma, che il provvedimento in discorso non sia un inerme ponte di passaggio dalla fase d'indagine al dibattimento, pare intuitivo, solo che si consideri la sua essenza di ordine imposto al pubblico ministero recalcitrante da un giudice preposto a decidere in modo imparziale sui doveri del primo. E quel giudice decide che esistono elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Altrettanto intuitivo è che la pericolosità insita nel – peraltro indispensabile – strumento dell'imputazione coatta, verrebbe alquanto potenziata laddove si volesse riconoscere nell'opposto provvedimento d'archiviazione, un accertamento dell'innocenza dell'imputato.

negativo della loro ricognizione». Così, significativamente, O. DOMINONI, *Improcedibilità e proscioglimento*, cit., p. 295.

⁽²¹³⁾ Cfr. G. CONTI, *La chiusura delle indagini preliminari*, cit., 930, ritenendo che il pre-giudizio a carico dell'indagato, insito nel provvedimento d'imputazione coatta, sia conseguenza inevitabile dell'istituto.

⁽²¹⁴⁾ Sent. n. 401 del 1991.

Cosa ben diversa è dire che quest'ultimo ha un ovvio interesse al vaglio del giudice sulla richiesta d'invio degli atti in archivio effettuata dal pubblico ministero. Quest'interesse è tanto tangibile da aver indotto il legislatore a consentire la presenza dell'indagato in sede di udienza per l'archiviazione (art. 409, 2° comma, c.p.p.). Ma ciò, non perché il provvedimento conclusivo di quell'udienza possa eventualmente risolversi in un riconoscimento di non colpevolezza, quanto perché esso si traduce *de facto*, nella liberazione – per quanto instabile – dell'indagato dalla pendenza del procedimento e dalla minaccia della sanzione finale. È lecito, a questo punto, chiedersi se esista un “diritto dell'indagato all'archiviazione” e la risposta sembra essere positiva, nella misura in cui si ammetta che un simile diritto è implicitamente contenuto nell'art. 112 Cost. Dal momento che questa norma è finalizzata a consentire l'applicazione della legge penale sostanziale e del relativo contenuto sanzionatorio a *tutti* i fatti e *solo* ai fatti previsti dalla fattispecie astratta, se ne deduce che l'inizio del procedimento penale effettuato in mancanza dei parametri idonei a giustificarlo, è un atto la cui illegittimità può esser fatta valere dall'indagato. In effetti, secondo una costante giurisprudenza della Corte di legittimità, l'art. 112 della Carta fondamentale costituisce filiazione diretta del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., proprio in quanto indirizzato a garantire un eguale trattamento giudiziario dei cittadini ⁽²¹⁵⁾. Il richiamo – teoricamente possibile – all'art. 27 Cost. e alla presunzione di non colpevolezza in esso contenuta, non è conferente in questa sede, visto che, come già messo in evidenza, il procedimento d'archiviazione è volto a garantire l'ottemperanza dell'organo d'accusa al principio di obbligatorietà e non l'innocenza dell'indagato, pena un'inesorabile “mutazione” dei suoi possibili provvedimenti conclusivi in decisioni propriamente “di merito”.

Resta, però, insoluto il dubbio della sede e dei mezzi a disposizione dell'indagato per attivarsi a tutela del suo “diritto all'archiviazione”. Allo stato, la risposta rimane alquanto insoddisfacente. È indubbio, infatti, che nell'udienza *ex art.* 409 c.p.p. l'intervento dialettico dell'indagato, adesivo alla richiesta del pubblico ministero e potenzialmente

⁽²¹⁵⁾ Cfr., in tal senso, Corte cost., sent. n. 84 del 1979; e nella dottrina italiana e tedesca, F. CORBI, *Obbligatorietà dell'azione*, cit., 1057; P. RIESS, *Die Zukunft des Legalitätsprinzip*, cit., 3.

in contrasto con eventuali argomenti apportati dalla persona offesa, si palesa quale esplicazione normativa del diritto a veder archiviato un procedimento che, in base agli artt. 112 Cost. e 125 disp. att. c.p.p., *dovrebbe* avere tale esito.

Al di là di quell'udienza, però, non esiste una sede adatta allo scopo; l'indagato, in altre parole, non è in grado di far valere il suo diritto, se non quando esso coincide con l'intento archiviativo del pubblico ministero, ovvero, a ben riflettere, in una ipotesi decisamente "minore".

Non era così nel Progetto Preliminare per un nuovo codice di procedura penale del 1978. L'art. 386 di quella legge consentiva alla persona offesa *come all'indagato* di provocare l'intervento della *iurisdictio* in funzione di controllo sull'operato del pubblico ministero, che lasciasse trascorrere i termini imposti al lavoro indagante senza determinarsi in alcun modo, né per l'archiviazione, né per l'esercizio dell'azione penale. Differenti gli interessi, uguale il rimedio: tanto la persona offesa, quanto l'indagato erano legittimati a richiedere l'instaurazione di un'udienza che consentisse, al primo, di ottenere l'avvio del processo nonostante l'inerzia dell'accusatore e, al secondo, di venir liberato dalla pendenza immotivata del procedimento penale.

Il codice del 1988 non ha riprodotto quella disciplina, lasciando all'indagato solo la possibilità, *ex art. 413 c.p.p.*, di invocare – ed è il termine più adatto – l'intervento del Procuratore generale affinché avochi l'indagine che prosegue oltre i termini di legge.

Non sarebbe male riconsiderare, a sedici anni di distanza dal primo sfortunato tentativo, la disciplina suggerita dall'art. 386 prog. prel. c.p.p. 1978, concendendo, magari, all'indagato la possibilità di richiedere, motivatamente e dietro congruo vaglio d'ammissibilità, l'archiviazione obliterata dal pubblico ministero, provocando il contraddittorio camerale attualmente regolato dall'art. 409 c.p.p. Se la legge consente al privato-persona offesa di interloquire in merito ad un'attività riservata al pubblico ministero, quale è la scelta di non-esercizio dell'azione penale, non si vede per qual motivo dovrebbe risultare aliena dal sistema la prospettiva di un indagato che, nella ricorrenza di dati presupposti (scadenza dei termini d'indagine, inerzia investigativa, etc.), chiami un organo imparziale a decidere sulla legittimità del comportamento ascritto all'inquirente.

Sembrerebbe, a questo punto, inevitabile un'obiezione: visto il ri-

schio derivante, a carico dell'indagato, dall'allineamento del procedimento d'archiviazione nella categoria dei "momenti giurisdizionali", forse sarebbe più semplice e più opportuno negare ad esso tale carattere.

Il problema è che non si vede in qual modo disconoscere alla fase in parola il carattere di *iurisdictio*, senza fare torto alla logica ⁽²¹⁶⁾. Dogmaticamente assai meno discutibile e altrettanto efficace, in vista della tutela dell'indagato dal rischio di un possibile pre-giudizio, sembra essere l'idea di ravvisare nei provvedimenti conclusivi di quel procedimento nulla più di decisioni processuali.

Un'ultima precisazione sul tema. Quale coerente conseguenza dell'analisi sinora svolta, sembra potersi mettere in luce un aspetto ulteriore del procedimento archiviativo sinora lasciato volutamente in ombra. Si allude alla natura del decreto previsto dall'art. 409, 1° comma, c.p.p. come esito ideale, nella sua semplicità, della richiesta presentata dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari. A ben vedere, infatti, anche quel provvedimento presenta, pur se in maniera estremamente stilizzata, i tratti tipici dell'atto giurisdizionale, in quanto emesso da un giudice, preposto ad emanarlo proprio in virtù della sua imparzialità, nonché agente nel ruolo di arbitro del conflitto, sublimato dall'art. 112 Cost., tra dovere di procedere in presenza di un reato e necessità di astenersene qualora manchino i presupposti per l'insorgenza del dovere medesimo. Atto giurisdizionale, dunque, e, per le medesime ragioni poste in luce a proposito dell'*ordinanza* d'archiviazione, si tratta di un provvedimento meramente processuale, "*forma*" della decisione di rito e non di merito.

⁽²¹⁶⁾ Sul g.i.p., quale organo assicurante una forma intermittente di giurisdizione nel corso della fase investigativa v., del resto, già V. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale*, cit., 358, evidenziando come «la figura del g.i.p. risulta nel progetto fortemente caratterizzata in chiave giurisdizionale, attraverso la ricorrente sottolineatura della sua dimensione di organo "terzo", dunque in posizione di equidistanza rispetto alle parti del processo». La giurisprudenza, coerente col suo ruolo "quotidiano" e, quindi, per lo più aliena dall'interesse per i "massimi principi", sembra non aver dedicato una qualche attenzione al problema della natura attribuibile alla fase di controllo sull'archiviazione. Solo in un'isolata sentenza si rinviene la – peraltro apodittica – affermazione della natura «non giurisdizionale penale» del provvedimento di archiviazione, il quale, perciò, «non può contenere statuizioni o accertamenti pregiudizievoli per l'indagato o per terzi»; nella specie l'accertamento della falsità di un testamento. Cfr., in tal senso, Cass., Sez. V, 22 ottobre 1991, Panicucci, in *Cass. Pen.*, 1992, 1149, 2140.

12. (segue). *I provvedimenti negativi*

Una volta chiariti i parametri concettuali entro cui si muove la fase procedimentale consacrata al controllo sull'archiviazione, diventa più semplice anche l'esame dei provvedimenti che il legislatore ha costruito allo scopo di rimediare al comportamento variamente illegittimo del pubblico ministero.

Si consideri la seguente eventualità: durante l'udienza instaurata dal giudice per le indagini preliminari, *sua sponte* ovvero dietro stimolo della persona offesa, diventa chiaro che il pubblico ministero non ha indagato a sufficienza sulla *notitia criminis*, oppure ha indagato in maniera idonea e si trova in possesso di tutti gli elementi che gli occorrono per sostenere l'accusa in giudizio, ma per errore valutativo o doloso intento di evitare all'indagato la minaccia di una condanna, ha richiesto l'invio della pratica all'archivio, in luogo di un doveroso esercizio dell'azione.

Dinanzi ad un comportamento siffatto, i commi 4° e 5° dell'art. 409 c.p.p. prevedono una duplice reazione, da parte del giudice controllante: ordine d'indagare ancora e meglio, nel primo caso, ordine d'agire, nel secondo, entrambi contenuti in un provvedimento che assume forma di ordinanza.

I provvedimenti in discorso costituiscono il *clou*, pratico e dogmatico, della disciplina codicistica in materia di archiviazione, tanto perché in essi si consolida e si riassume la volontà dell'ordinamento di tutelare nella maniera più efficiente il principio di obbligatorietà dell'azione, quanto perché siffatta efficienza viene, in qualche misura, a collidere con il noto canone accusatorio "*ne procedat iudex ex officio*". Proprio per questo motivo, contro i due provvedimenti e, soprattutto – a causa della sua drasticità – contro la cosiddetta imputazione coatta, si sono appuntate le critiche di quella dottrina che rimprovera al legislatore una notevole dose d'incoerenza con i principi ispiratori della delega, in particolare con la scelta del modello processuale "accusatorio" ⁽²¹⁷⁾.

⁽²¹⁷⁾ Per l'accennato orientamento, con toni critici, ora più, ora meno veementi, v. A. BERNARDI, *Art. 409*, cit., pp. 537 e 539; M. BILANCETTI, *Le funzioni del giudice*, cit., 308; G. CONTI, *La chiusura delle indagini preliminari*, cit., 930; A. DIDI, *Il dissenso del g.i.p.*, cit., 239; F.R. DINACCI, *Il controllo giurisdizionale*, 583; G. GIOSTRA, *Controllo giurisdizionale*, cit., 2669; ID., *L'archiviazione*, cit., p. 57; A. GRASSI, *Appunti*

Prima di assumere una qualunque posizione in questo dibattito, sembra opportuno analizzare più da vicino le caratteristiche dei provvedimenti di cui si discute.

Anzitutto l'“ordine d'indagare”⁽²¹⁸⁾. Mediante lo strumento in discorso il codice intende porre rimedio ad uno stato di cose che, non adeguatamente gestito, condurrebbe ad un'archiviazione motivata dall'impossibilità, per il giudice, di esplicitare la sua funzione di controllo. Qualora, infatti, il pubblico ministero domandasse l'archiviazione, senza aver ottemperato all'obbligo di completezza delle indagini, imposto-gli dall'art. 326 c.p.p., ma anche, e in primo luogo, dal principio di cui all'art. 112 Cost., verrebbe a mancare al giudice il materiale conoscitivo indispensabile a decidere circa la correttezza della richiesta avanzata dal pubblico ministero. Con l'ordine d'indagare, dunque, il giudice per le indagini preliminari esprime, da un lato, la propria impossibilità di emettere un provvedimento positivo o *stricto sensu* negativo, mentre, contemporaneamente, reprime un comportamento illegittimo dell'organo investigante, comportamento che, già di per sé, configura una prima violazione del principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost.

per una questione di costituzionalità, cit., passim; M. MURONE, Obbligatorietà dell'azione penale, cit., 221; M. NOBILI, La nuova procedura penale, cit., pp. 13 e 213; E. SELVAGGI, Notizie e pseudo notizie, cit., 589; C. TAORMINA, Diritto processuale, cit., I, p. 588; A.A. SAMMARCO, La richiesta di archiviazione, cit., pp. 199 e 313. Non sono mancate comunque voci, anche autorevoli, che si sono pronunciate a favore della regolamentazione in discorso, concepita come assennata risultante di un gioco d'equilibri assai complesso. Cfr., in tal senso, S. CELLETTI, Principio costituzionale di obbligatorietà, cit., 351; F. CORDERO, Procedura penale, 1991, cit., p. 406; V. GREVI, La garanzia dell'intervento giurisdizionale, cit., 364; A. NAPPI, Guida al nuovo codice, 1993, cit., p. 232; G. NEPPI MODONA, Indagini preliminari, cit., p. 378; G. RICCIO, Il nuovo pubblico ministero, cit., 27. In questo contesto, a se stante è la posizione di P. FERRUA, Studi sul processo penale, cit., p. 55, che sottolinea come «nell'evitare il coinvolgimento del giudice nelle indagini del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, il nuovo codice appare indubbiamente scrupoloso... C'è una sola ipotesi nella quale, in assenza di adeguati correttivi, sarebbe compromessa la terzietà del gip: quando, respinta la richiesta di archiviazione, abbia, poi, ordinato al pubblico ministero di formulare l'imputazione... Se nell'udienza preliminare ... fosse lo stesso giudice, inteso come medesima persona fisica, a decidere sul rinvio a giudizio o sul non doversi procedere, difficilmente potrebbe dirsi garantita la sua imparzialità. Ma qui non è in gioco un'arbitraria estensione delle competenze fisiologicamente spettanti al giudice, essendo consigliabile ed anzi costituzionalmente doverosa la presenza di un controllo giurisdizionale sulla scelta del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale».

⁽²¹⁸⁾ Per questa espressione v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 405.

Che un'indagine incompleta sia in grado di produrre un sostanziale aggiramento del principio, qualora, sulla base di materiale conoscitivo insufficiente, il pubblico ministero si determini ad archiviare, come anche nel caso in cui, su quella stessa base, decida, invece, di agire, è più che ovvio.

Nella prima ipotesi, l'organo dell'accusa lascia abortire il processo, senza essere in grado di valutare se esistano o meno gli estremi dell'obbligo costituzionale. Nel secondo caso, l'obbligo viene formalmente rispettato, ma tradito nella sostanza, perché si esercita l'azione penale senza possedere elementi idonei a sostenerla nel giudizio. Si produce, in altri termini, un proscioglimento scontato sin dall'atto iniziale del processo ⁽²¹⁹⁾.

I problemi suscitati da questo "esercizio apparente dell'azione penale" saranno esaminati nel prosieguo dell'indagine; per il momento è sufficiente rilevare come, anche questa velata forma di violazione del principio di obbligatorietà, sia una conseguenza del mancato adempimento al dovere di completezza delle indagini, recepito dal legislatore nell'art. 326 c.p.p., come pure nella norma (art. 358 c.p.p.) che impone all'indagante di approfondire anche quegli spunti investigativi astrattamente idonei a convincerlo dell'innocenza dell'indagato ⁽²²⁰⁾.

Con l'ordinanza di cui all'art. 409, 4° comma, c.p.p., il giudice richiama il pubblico ministero all'osservanza dell'obbligo in discorso, *indicandogli* le indagini da compiere e stabilendo un termine entro il quale ottemperare.

Il codice non si dilunga ulteriormente in una descrizione contenutistica dell'ordinanza, limitandosi a quel circospetto verbo che è "indicare".

In dottrina ci si è chiesto quali siano gli intenti impliciti nella scarna dizione normativa: se, cioè, la volontà legislativa sia quella di limitare i poteri del giudice ad un mero richiamo generico ovvero ampliarli sino a comprendere l'indicazione di specifici atti d'indagine; oppure, ancora, lasciare all'organo controllante la possibilità di decidere se e fino a che punto approfondire le proprie direttive ⁽²²¹⁾.

⁽²¹⁹⁾ Sul problema del c.d. "esercizio apparente dell'azione penale" v. G. VIGLIETTA, *Obbligatorietà*, cit., 32.

⁽²²⁰⁾ L'obbligo di completezza delle indagini è stato messo in rilievo dalla Corte costituzionale, quale strumento d'ottemperanza al principio di cui all'art. 112 Cost., nella sentenza n. 88 del 1991. V. pure, sull'argomento, A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 40.

⁽²²¹⁾ La dottrina si è attestata per lo più su una posizione mediana, chiarendo

Probabilmente, visto che la realtà possiede colori cangianti, mentre la norma non può essere in grado – per propri limiti intrinseci – di cogliere l'intero spettro di quelle sfumature, l'art. 409, 4° comma, c.p.p. è tanto sommerso quanto risulta necessario a rendere adattabile la regola in esso contenuta.

In pratica, potrebbe verificarsi che la richiesta di archiviazione e i documenti ad essa allegati rendano evidente una carenza d'indagini così spiccata da trasformare l'ordinanza del giudice in un mero ordine d'investigare; mentre, viceversa, potrebbe accadere che un provvedimento basato su indicazioni assai specifiche, sia indispensabile a completare un quadro investigativo ampio, ma incompleto. Insomma, resta affidato al buon senso del singolo giudice di esprimersi nella maniera più idonea al compito affidatogli.

È cogente o meno l'ordine d'indagare? La domanda prende origine da un'esigenza di immersione degli istituti nella realtà della pratica. Non occorre una fantasia sbrigliata per prospettare l'ipotesi che il pubblico ministero, contraddetto dal giudice per le indagini preliminari, si ostini in un atteggiamento di aperta difesa del suo precedente operato, ovvero adempia in modo superficiale alle indicazioni impartitegli ⁽²²²⁾.

come il g.i.p. non possa «limitarsi ad ordinare ulteriori indagini... Se non si indica al p.m. la carenza del proprio impegno investigativo, non si può pretendere che questi svolga indagini aggiuntive che, di regola, con la propria richiesta di archiviazione, ha dimostrato di ritenere impraticabili o inutili. Arbitro, invece, il giudice di spingere la propria sollecitazione sino al dettaglio». Così G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 9; in senso analogo cfr. pure A. NAPPI, *Guida al nuovo codice*, 1993, cit., p. 230; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 580. Particolare la posizione di M. MURONE, *Obbligatorietà dell'azione*, cit., 222, secondo il quale il giudice dovrebbe *sempre* scendere nello specifico, quanto all'indicazione degli atti omessi, altrimenti si altererebbero i ruoli processuali, reintroducendo, sotto mentite spoglie, la vecchia figura del giudice istruttore. La Corte costituzionale; intervenuta nel tema con ord. n. 253 del 1991, si è espressa nel senso che «l'indicazione del giudice opera come una devoluzione di un tema d'indagine che il p.m. è chiamato a sviluppare in piena autonomia e libertà...». Il *dictum* del giudice costituzionale lascia, comunque, impregiudicata la questione che qui si esamina, limitandosi a chiarire un punto piuttosto ovvio, e cioè che l'organo inquirente resta, da un lato, libero di scegliere le modalità attuative concrete delle indagini suggeritegli, mentre, d'altro canto, è libero di "andare oltre" i percorsi investigativi indicati nell'ordinanza del giudice.

⁽²²²⁾ «Nulla può costringere l'organo dell'accusa a svolgere con la dovuta diligenza le "ulteriori indagini" che gli siano state indicate come "necessarie" dal giudice», si è rilevato in dottrina (V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria*, cit., 1303)

Il punto, però, non è se e fino a dove sia vincolante, per il pubblico ministero, l'ordine d'indagare; ovviamente lo è, altrimenti uno strumento destinato a fungere da rimedio alle inerzie dell'organo investigante, potrebbe funzionare solo sul presupposto che lo stesso organo si attivi per pura cortesia o senso civico. Il provvedimento previsto dall'art. 409, 4° comma, c.p.p. costruisce una fattispecie comportamentale doverosa per il pubblico ministero, venendo meno alla quale egli commetterebbe il reato d'omissione d'atti d'ufficio⁽²²³⁾. Il fatto è che qui si discute di rimedi procedurali per un problema procedurale, rispetto al quale la minaccia sanzionatoria della norma sostantiva esplica un'efficacia meramente indiretta, in quanto e nella misura in cui riesca a dissuadere il soggetto agente dal comportamento *de quo*. È ovvio, però, che sorge la necessità di chiedersi cosa accada nel caso in cui il pubblico ministero – incurante della minaccia penale o sicuro del fatto suo – persista nel comportamento omissivo.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che, dinanzi ad un simile stato di cose, l'unica via d'uscita sia un atto d'avocazione del superiore gerarchico (art. 412 c.p.p.), ovvero, nel caso in cui neppure in quel senso si muova nulla, l'emissione, ad opera del giudice per le indagini preliminari, della più radicale ordinanza d'imputazione coatta⁽²²⁴⁾.

e la realtà quotidiana offre allo sguardo eclatanti ipotesi di pubblici ministeri apertamente "recalcitranti" dinanzi all'ordine d'indagare. Esemplare, in tal senso, la nota vicenda del "pool" milanese d'investigatori, scontratosi con il provvedimento di rigetto dell'archiviazione emesso dal g.i.p. nel c.d. "caso Stefanini".

⁽²²³⁾ Per questa prospettiva, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 406; V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria*, cit., 406; M. NOBILI, *La nuova procedura*, cit., p. 213. Nella medesima prospettiva, la dottrina tedesca ritiene il pubblico ministero che non eserciti l'azione penale dove questa appaia doverosa, perseguibile ai sensi del § 258 StGB: *Strafvereitelung in Amt*. Cfr. § 4 di questo capitolo. Per la tesi della non vincolatività dell'ordine d'indagare, v. C. TAORMINA, *Diritto processuale*, cit., I, p. 583. In giurisprudenza, per la rigorosa vincolatività dell'ordine d'indagare v. Cass., Sez. I, 12 luglio 1991, Coperino, in *Giur. It.*, 1992, II, 348.

⁽²²⁴⁾ Cfr., per questa tesi, V. GREVI, *Archiviazione*, cit., 1303; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 586, che prospetta l'ipotesi della natura obbligatoria dell'avocazione in discorso. In giurisprudenza, v., sulla questione, Cass., Sez. I, 5 aprile 1990, Tonellotto, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1991, 114; Id., Sez. I, 26 settembre 1991, Angrisani, in *Giust. Pen.*, 1992, III, 278. La Corte costituzionale nella citata ord. n. 253 del 1991, ha sottolineato come l'ordine d'indagare sia vincolante per il p.m., ma ha pure ritenuto perfettamente conforme ai principi costituzionali il fatto che l'art.

Entrambe le alternative sono notevolmente insoddisfacenti: nel caso del controllo gerarchico, nulla rende certi che il capo della Procura non condivida l'assunto del suo sostituto o, addirittura, che questo operi dietro precisa indicazione del primo; d'altro canto, l'imputazione coatta, effettuata come ultima risorsa cogente nei confronti di un pubblico ministero che non indaghi a sufficienza, è strumento ben misero, che scarica in sede dibattimentale un'ipotesi accusatoria mal costruita, costringendo l'organo giudicante ad intervenire per chiudere i buchi lasciati dall'accusa – con buona pace del suo ruolo imparziale – ovvero a lasciare andare il caso alla sua quasi-predestinata assoluzione ⁽²²⁵⁾.

Insomma, il problema in discorso, come tutti quelli che girano attorno all'orbita delle funzioni di controllo, è insolubile nella stessa maniera in cui resta insolubile il noto interrogativo del "*quis custodiet custodes ipsos*" ⁽²²⁶⁾. Tutte le fattispecie di controllo presuppongono una soglia oltre la quale procedere significa inoltrarsi in uno scenario kafkiano, nel quale ogni atto diventa attonitamente ripetitivo e del tutto insensato ⁽²²⁷⁾. Fuori di metafora, la logica del controllo – astratta-

409, 4° comma, c.p.p. non preveda conseguenze *processuali* di sorta in caso d'inottemperanza del p.m. al provvedimento del g.i.p.

⁽²²⁵⁾ Condivide l'assunto della sostanziale inefficienza di estrambe le soluzioni G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 60.

⁽²²⁶⁾ Per alcune considerazioni sui problemi attinenti alla reiterazione dei controlli, con specifico riferimento alla fase esecutiva, v. A. GAITO, *Esecuzione*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 1993, cit., p. 643.

⁽²²⁷⁾ Si parla, qui – è ancora una volta il caso di sottolinearlo – di controlli e rimedi *procedurali*, ossia esplicitanti ed aventi diretta efficacia nel procedimento *de quo*. Il discorso, quindi, lascia impregiudicato il campo, tanto spinoso quanto ricco di prospettive, delle sanzioni disciplinari applicabili nei confronti del pubblico ministero inadempiente ai suoi doveri d'ufficio. È il caso di ricordare che, ai sensi dell'art. 124 c.p.p. «I magistrati... sono tenuti a osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale. I dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare»; mentre, parallelamente, l'art. 18 D. Lgs. Lt. 31 maggio 1946, n. 511 (c.d. legge sulle guarentigie della magistratura), con una disposizione precettiva volutamente generica, eleva ad illecito disciplinare la violazione dei doveri descritti anche, e soprattutto, nelle norme dei codici di rito. Le cose, però, non sono così semplici come potrebbero apparire da questo breve cenno. Da un lato, infatti, si obietta come proprio l'estrema genericità dell'art. 18 legge sulle guarentigie, in cui «tutte le violazioni di doveri sono assunte in un'unica espressione, senza possibilità di distinguerle né per qualità, né per gravità, a tutte potendo inerire in astratto la più lieve o la più grave delle sanzioni previste dalla legge» renderebbe impossibile riempirne indiscri-

mente reiterabile *ad infinitum* – produce da sé il proprio limite, al momento in cui viene immersa nella realtà di un ordinamento giuridico, dimostrando coi fatti come, oltre quel dato limite, il controllo stesso si traduca nell'eterna incertezza della situazione giuridica conseguente ⁽²²⁸⁾.

minatamente i contenuti con le prescrizioni risultanti dai codici di rito (per questa opinione v. V. MELE, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 1987, p. 39; cfr., però pure, in senso divergente, M. BOSCARELLI, *La tutela penale del processo*, cit., p. 75: «Si trovano, nel diritto processuale, precetti sprovvisti di sanzione, cioè, “*leges imperfectae*”? Lo afferma il Carnelutti a proposito delle disposizioni riguardanti quei requisiti di atti processuali la cui mancanza non importa invalidità né altra sanzione, e l'opinione ci sembra ineccepibile. Riteniamo, però, di dover aggiungere che tali precetti senza sanzione non si possono incontrare nel campo delle attività di quei funzionari, che sono soggetti a una potestà disciplinare per ragione del proprio ufficio... poiché, almeno in teoria, l'inosservanza di qualsiasi obbligo processuale può importare, per quelle persone, una sanzione disciplinare»). D'altro canto, poi, le caratteristiche del procedimento disciplinare, di per sé ininfluenti, se non in via successiva e mediata, sul procedimento in cui si è verificato l'illecito e, per di più, avviato da un'azione facoltativa (non esiste, infatti, un principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare; sull'argomento v. V. MELE, *La responsabilità disciplinare*, cit., p. 105) rendono assai discutibile, allo stato attuale, configurarne una sua utilità decisiva quale strumento di arginamento delle eventuali inerzie addebitabili al magistrato inquirente. Di notevole interesse, in proposito, è la lettura del Massimario delle Decisioni della Sezione Disciplinare del C.S.M., in *Manuale dell'udienza disciplinare*, Quaderni C.S.M., 1992, n. 52. Sotto la rubrica “Doveri del giudice: operosità” si trovano raccolte una quantità di decisioni in cui oggetto del procedimento disciplinare sono fattispecie di inerzie variamente delineate (omissione assoluta di atti istruttori; ritardo nel compimento dei medesimi; omesso compimento di atti richiesti in rogatoria) poste in essere da magistrati inquirenti. Le prevalenti decisioni assolutorie vengono motivate, nella maggioranza dei casi, basandosi sull'insussistenza dell'addebito in presenza di quella onnipotente causa di giustificazione che risulta essere la grave deficienza di organico. V., in proposito, *Manuale dell'udienza disciplinare*, cit., pp. 345 e ss.

⁽²²⁸⁾ Nell'ordinamento tedesco, i §§ 172 e ss. *StPO* regolano l'imputazione coatta, ma non quelle che, per desiderio di parallelismo semantico, potremmo chiamare “indagini coatte”, ragion per cui dottrina e giurisprudenza deducono, in via interpretativa, la possibilità di ordinare al pubblico ministero il compimento di eventuali investigazioni tralasciate (sull'argomento v. in particolare G. KÜPPER, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., 285; P. RIESS, *Alte und neue aktuelle Fragen im Klageerzwingungsverfahren - Notanwalt, Ermittlungserzwingung*, cit., 436). Ora, a parte i contrasti interpretativi sulla possibilità della c.d. *Ermittlungserzwingung* (“indagini coatte”) – contrasti originati comprensibilmente dal fatto che si tratta di provvedimento non previsto dal legislatore – è interessante notare come, per il resto, non esiste neppure l'idea che l'organo investigante possa rifiutarsi di ottemperare al provvedimento con cui il

Un ragionamento non diverso va fatto con riferimento all'idea che il contrasto d'opinioni tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari, concretatosi nell'emissione di un ordine d'indagare, possa essere risolto dall'intervento di un'istanza superiore ad entrambi gli organi, ovvero la Corte di cassazione, evocata grazie allo strumento del conflitto di competenza.

È il caso di notare come l'istituto in discorso sia stato ipotizzato dalla dottrina anche quale mezzo a disposizione del pubblico ministero che non intenda ottemperare al provvedimento d'imputazione coatta ⁽²²⁹⁾, senza avere la possibilità di controbattere alla decisione del giudice per le indagini preliminari mediante impugnazione del relativo provvedimento ⁽²³⁰⁾.

L'idea che lo strumento conflittuale possa essere adoperato nel contesto *de quo* non ha, tuttavia, incontrato successo alcuno né in giurisprudenza ⁽²³¹⁾ né in dottrina ⁽²³²⁾, persino presso coloro che criticano

giudice conclude il *Klageerzwingungsverfahren*, rifiutandosi di formulare l'accusa. Un fenomeno del genere dovrebbe indurre a riflettere non tanto «sul nostro ritardo non solo normativo, ma altresì culturale» (così L. MARAFIOTI, *L'archiviazione*, cit., 212), quanto sul fatto che esistono comportamenti così radicati in un dato contesto sociologico da risultare inesportabili. La logica del controllo, esteso sino a raggiungere la sua possibilità espansiva massima, è una logica molto latina, figlia di un ambiente socio-politico in cui la sfiducia nella spontanea ottemperanza del cittadino – e, quindi, anche di quei cittadini che formano le istituzioni – alla norma, è abito mentale di quotidiano riscontro. Volendo esprimersi con un paradosso, è possibile dire che, in un contesto del genere, la norma risulta concepita in funzione della sua violazione; altrove essa è concepita nella logica del suo tendenziale rispetto: l'inosservanza è eccezione che conferma la regola.

⁽²²⁹⁾ Cfr., in tal senso, P. DUBOLINO, T. BAGLIONE e F. BARTOLINI, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, Firenze, ediz. 1990, p. 711; A. GRASSI, *Appunti per una questione di costituzionalità*, cit., 314; A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 308.

⁽²³⁰⁾ L'art. 409, 6° comma, c.p.p. prevede, infatti, solo la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di archiviazione, tacendo del tutto sui due restanti provvedimenti.

⁽²³¹⁾ Giurisprudenza costante. Cfr. in tal senso, ad esempio, Cass., Sez. I, 26 settembre 1991, Angrisani, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1992, 269; Sez. I, 11 dicembre 1990, Romani, in *Riv. Pen.*, 1992, 82; Sez. I, 9 aprile 1990, Balli, in *Giur. It.*, 1991, II, 15; Sez. I, 5 aprile 1990, Tonellotto, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1991, 114; per una fattispecie in cui la cassazione ha ritenuto inammissibile il conflitto sollevato dal giudice per le indagini preliminari dinanzi all'inerzia del pubblico ministero che rifiutava di espletare le ulteriori investigazioni indicategli, v. Cass., Sez. I, 12 luglio 1991, Coperino, in *Cass. Pen.*, 1992, 1321, 2420.

⁽²³²⁾ Negano l'ammissibilità del conflitto tra pubblico ministero e giudice nel con-

la disciplina prevista dall'art. 409, 4° e 5° comma, c.p.p. in ragione della sua contraddittorietà con i principi accusatori o della sua presunta scarsa efficienza.

La ragione di un tale rigetto viene per lo più rintracciata nelle caratteristiche rivestite dall'istituto del conflitto in base alla configurazione tracciata dal legislatore del 1988⁽²³³⁾. Determinante sarebbe, in altre parole, il fatto che, tanto il tenore letterale dell'art. 28 c.p.p., quanto l'apposita previsione codicistica di una forma di disciplina per i "contrastisti" tra pubblici ministeri (artt. 54 e ss. c.p.p.) e, soprattutto, la netta scansione del ruolo processuale affidato al pubblico ministero, quale "parte" in senso proprio, renderebbero impossibile ravvisare nello scontro d'opinioni tra pubblico ministero archivante e giudice per le indagini preliminari una forma di conflitto "analogo" (234). In

testo della fase archiviativa A. BARGI, *Conflitti e contrasti sulla competenza nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 1991, 1488; G. BOCHICCHIO, *Riflessioni sul conflitto di competenza tra giudice e pubblico ministero nel c.p.p. del 1988*, in *Cass. Pen.*, 1992, 219; A. DIDI, *Il dissenso del g.i.p.*, cit., 236; G. GIOSTRA, voce *Archiviazione*, cit., p. 8; M. MURONE, *Obbligatorietà dell'azione*, cit., 218; A. NAPPI, *Guida al nuovo codice*, 1993, cit., p. 231; F. PERONI, *Sul dissenso tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari come fattispecie di conflitto analogo*, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 154; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 588.

(233) Per un primo approfondimento dell'argomento in generale v., tra i tanti, G. ALLEGRA, *I conflitti di giurisdizione e competenza nel processo penale*, Milano, 1955; A. BARGI, *Conflitti e contrasti di competenza*, cit., 1488; F. BENEVOLO, voce *Conflitto di giurisdizione e di competenza (materia penale)*, in *Dig. It.*, VIII, Torino, 1896, p. 1001; G. BONETTO, *Artt. 28-32*, in *Commento al nuovo codice*, cit., I, p. 161; A. CONFALONIERI, *Il conflitto di competenza come controllo senza alternative*, in *Giur. It.*, 1992, IV, 345; A.A. DALIA, voce *Conflitti di competenza (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1988, p. 1; C.U. DEL POZZO, voce *Conflitti di giurisdizione e di competenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1967, p. 1026; M. FERRAIOLI, *I conflitti di competenza nel processo penale*, Milano, 1984; A. MACCHIA, *Artt. 28-32*, in *Commentario del nuovo codice*, cit., p. 162; A. MAZZARRA, *I conflitti di competenza*, in *Le nuove disposizioni*, cit., p. 185; A. NAPPI, voce *Competenza penale*, in *Dig. It. Discipline Penalistiche*, II, Torino, 1988, p. 348; A.V. SEGNETTI, *Dissenso tra p.m. e g.i.p. sulla competenza e conflitto analogo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1991, 300.

(234) Motivi tutti ravvisabili in una giurisprudenza costante; v. in proposito, tra le tante, *Cass.*, Sez. I, 14 ottobre 1991, Palladino, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1992, 438; Sez. I, 19 aprile 1991, Carpino, *ivi*, 269; Sez. I, 12 luglio 1990, Musso, in *Giust. Pen.*, 1991, III, 171; Sez. I, 19 febbraio 1990, Facchineri, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 54, 154; Sez. I, 1° giugno 1990, Vianello, in *Giur. It.*, 1991, II, 42; Sez. I, 21 maggio 1990, Paci, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1991, 114; Sez. I, 20 febbraio 1990, Ruta, *ivi*, 1990, 605;. In dottrina, per una posizione fortemente critica dell'orientamento maggiorita-

effetti, risulta difficile recepire, nel sistema attuale, una prassi simile a quella che, sotto la vigenza del codice abrogato, ammetteva la configurabilità del conflitto tra pubblico ministero e giudice, sul presupposto fondamentale che il primo «... nel compiere atti che nell'istruzione formale sono di competenza del giudice istruttore, dismette il ruolo di parte... ed è ampiamente legittimato a difendere la propria capacità di autodeterminazione...» ⁽²³⁵⁾.

Chiaramente, nel sistema odierno, il pubblico ministero non ha – o non dovrebbe avere – simili occasioni, per un mutamento d'abito e di costume mentale e, quindi, non si può che condividere l'orientamento dominante, quando, su quella indispensabile considerazione di struttura, nega all'organo inquirente la possibilità di sollevare conflitto contro l'ordinanza del giudice che gli ordini ulteriori indagini o l'esercizio dell'azione penale.

Esiste però un motivo in più che dovrebbe indurre ad escludere la possibilità di un conflitto, nella specifica ipotesi che qui si esamina, anche qualora dovesse finirsi col riconoscere, in generale, l'ammissibilità di forme conflittuali tra pubblico ministero e giudice. La chiave sta tutta in un principio spesso richiamato, in passato, a moderare l'apparentemente inesauribile capacità espansiva della fattispecie conflittuale, ovvero nel concetto che l'istituto costituisce una sorta di *ultima ratio* escogitata dall'ordinamento per risolvere un *impasse* non altrimenti risolvibile ⁽²³⁶⁾. Se questa è la natura del conflitto è chiaro che esso non

rio e, quindi, decisa nell'ammettere la possibilità del conflitto tra pubblico ministero e giudice v. G. BOCHICCHIO, *Riflessioni sul conflitto*, cit., 222, sottolineando come, anzitutto il pubblico ministero sarebbe ben lontano dal rivestire, sia pure nel nuovo codice, un vero e proprio ruolo di parte, essendo egli, a tutt'oggi, quella che si usava definire "parte imparziale" e, in secondo luogo, come, qualora si volesse a tutti i costi riconoscergli i caratteri della "parte" resterebbe pur sempre valida la considerazione che il giudice non può imporre ad essa la condotta processuale da tenere.

⁽²³⁵⁾ In tal senso v. M. FERRAIOLI, *I conflitti di competenza*, cit., p. 211.

⁽²³⁶⁾ Ribadiscono l'importanza di questo concetto A.A. DALIA, voce *Conflitti di competenza*, cit., p. 4; C.U. DEL POZZO, voce *Conflitti di giurisdizione e di competenza*, cit., p. 1028; M. FERRAIOLI, *I conflitti di competenza*, cit., p. 179; A. NAPPI, voce *Competenza penale*, cit., p. 358. Una notazione interessante è che l'esigenza di non espandere la categoria del conflitto oltre i suoi confini naturali era sentita già in tempi ormai lontanissimi dai nostri. F. BENEVOLO, voce *Conflitto di giurisdizione e di competenza*, cit., p. 1006, riporta, infatti, una sentenza della Corte di cassazione palermitana che, nel vetusto anno 1868, invitava gli interpreti a ricorrere allo strumento con-

potrà essere invocato quale sbocco di situazioni per le quali l'ordinamento ha già previsto ed istituzionalizzato il contrasto, risolvendolo in base ad una certa valutazione delle priorità. Il meccanismo è evidente, ad esempio, nel caso previsto dall'art. 28, 2° comma, c.p.p.: in quella norma, l'ordinamento prevede e risolve un possibile scontro d'opinioni tra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento, escludendo espressamente la configurabilità del conflitto, mediante la statuizione dell'organo cui spetta la prevalenza.

Non diversamente accade nell'ipotesi prevista dall'art. 409, 4° e 5° comma, c.p.p. Qui si ha un disaccordo tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari, in merito alle determinazioni che il primo assume e il secondo non condivide circa le sorti della *notitia criminis*, e quel contrasto viene risolto dalla norma stessa, statuendo la prevalenza della decisione proveniente dall'organo giurisdizionale. La norma esiste proprio per scegliere, tra le due posizioni opposte, quella che riuscirà vittoriosa, e la scelta è evidentemente frutto di una priorità decisa dall'ordinamento, ovvero quella del valore affidato ad un controllo imparziale sulle determinazioni dell'organo investigante. Dal punto di vista teorico il legislatore avrebbe potuto dare maggiore importanza alla tutela dell'autodeterminazione di un organo cui è affidata la titolarità dell'azione penale, e statuire, così, che le sue decisioni prevalessero su quelle del giudice; ma non l'ha fatto, privilegiando, evi-

flittuale solo qualora l'ordinamento non prevedesse mezzi ulteriori per porre fine al contrasto. La logica che si trova alla base di questa posizione "residuale" attribuita all'istituto è, tutto sommato, assai evidente: il conflitto è un mezzo "costoso" per l'ordinamento; esso introduce una deviazione nel corso ordinario del processo, implica il coinvolgimento della Corte suprema ed evoca, *last but not least*, il fantasma di «un caso teratologico, anormale e deprecabile, quello di più organi giurisdizionali che, lungi dal collaborare al comune fine di realizzazione del diritto, vengano tra loro a dissidio» (così C.U. DEL POZZO, voce *Conflitti*, cit., p. 1026). Insomma, il conflitto è strumento da usare con parsimonia, tanto più nell'ottica di un sistema che, come quello costruito dal legislatore del 1988, ha, quale obiettivo primario, massima semplificazione e sollecita definizione del processo (per questi profili v. A. BARGI, *Conflitti e contrasti*, cit., 1490). La configurazione *standard* dell'istituto conflittuale è sintomo di quella logica: se ne prevede l'applicazione esclusivamente per risolvere il contrasto tra due organi ciascuno dei quali è, per definizione, giudice della propria competenza, onde per cui appare indispensabile l'intervento di un arbitro a dirimerne la contesa. Detto tra parentesi: il contenimento dell'ipotesi conflittuale premeva così tanto al legislatore dell'88 da indurlo a derogare persino a questo sacro canone, nell'art. 28, 2° comma, c.p.p.

dentemente, una più compiuta garanzia del principio voluto dall'art. 112 Cost.

L'interprete non può rovesciare la scala di valori compiuta dal legislatore e proporre l'inserimento di un meccanismo quale il conflitto – volto a risolvere situazioni caratterizzate dall'impossibilità, per l'ordinamento, di effettuare una scelta aprioristica – in un contesto in cui quella scelta è stata operata una volta per tutte.

E con questa considerazione si torna al tema iniziale, ossia l'inserimento dell'istituto *ex art.* 409 c.p.p. nella categoria dei rapporti di controllo.

L'instaurazione di un rapporto di controllo è, in effetti, uno dei vari strumenti di cui il legislatore può servirsi al fine di scongiurare l'insorgere di un conflitto. Questo è tanto vero che, per comune riconoscimento della dottrina amministrativistica, da cui il fenomeno proviene, non rappresenta un'ipotesi peculiare quella del rapporto di controllo che intercorra tra organi in equiordinazione o assolutamente indipendenti ⁽²³⁷⁾.

La formula del controllo consente anche di opporre una risposta efficace contro quell'orientamento dottrinale che ventila l'incostituzionalità dell'art. 409, 4° e 5° comma, c.p.p., basandosi sull'idea che l'ordine impartito dal giudice al pubblico ministero contenga una violazione dell'art. 101 Cost., in base al quale i magistrati sono soggetti solo all'osservanza della legge, mentre la citata norma codicistica indurrebbe il prodursi di un rapporto di tipo gerarchico tra i due organi ⁽²³⁸⁾.

⁽²³⁷⁾ È chiaro che, laddove si tratti di organi in rapporto di sovraordinazione, la possibilità di conflitto è esclusa *ab imis* dalla preminenza di un atto sull'altro statuita dall'ordinamento. Sulla problematica in discorso, cfr., per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 308, che chiarisce come ogni rapporto di sopraordinazione contenga, in sé implicite, funzioni di controllo, mentre non è vera la reciproca, per cui accade di frequente che rapporti di altro genere, non gerarchizzati, implicino forme di controllo.

⁽²³⁸⁾ V., in tal senso, A. GRASSI, *Appunti per una questione di costituzionalità*, cit., 312. L'autore, ad essere precisi, lamenta anche la violazione di ulteriori disposizioni costituzionali, in particolare dell'art. 3, perché solo una delle parti subirebbe «una vera e propria “coazione” nelle libere espressioni del suo convincimento», e dell'art. 24, in quanto il pubblico ministero sarebbe sprovvisto di strumenti difensivi contro l'ordine d'indagini coatte; «il p.m.» continua l'autore «deve essere sottoposto ad un controllo, e ciò è certamente giusto, ma chi controlla l'attività del g.i.p.?». Le obiezioni in discorso paiono di così poco momento da indurci a parlarne solo in nota,

Con sentenza n. 263 del 1991, la Corte costituzionale si è pronunciata su una questione di legittimità dell'imputazione coatta, sollevata proprio facendo riferimento all'art. 101 Cost. In quell'occasione la Corte ha chiarito come al giudice per le indagini preliminari sia demandato «solo l'atto d'impulso, che non fuoriesce dalla funzione di controllo, mentre il concreto promovimento dell'azione che si esplica nella formulazione dell'imputazione, resta di competenza del pubblico ministero... Di conseguenza non vi è instaurazione di un rapporto gerarchico, che presuppone l'identità di funzione esercitata dai due organi, laddove nella specie si tratta di funzioni diverse» ⁽²³⁹⁾.

La correttezza dell'orientamento propugnato dalla Corte viene confermata dalle caratteristiche del rapporto di controllo.

L'annullamento di un atto, un'autorizzazione denegata, come pure l'emissione di ordini di fare o non-fare o l'adozione di misure sostitutive, sono tutti possibili esiti della fase di controllo, e nessuno di essi implica necessariamente l'esistenza di un rapporto gerarchizzato tra organo controllato e controllore ⁽²⁴⁰⁾.

Una diversa questione è se questo introdursi dell'organo titolare del controllo nel merito delle valutazioni operate dal soggetto agente, non si traduca, *di fatto*, in un suo "partecipare" alla funzione controllata, nel caso di specie all'esercizio dell'azione penale, demandato al pubblico ministero e non al giudice col fine di tutelare il principio accusatorio del *ne procedat iudex ex officio*.

Affrontando il problema *de quo*, s'intende anche sciogliere la riser-

ritenendo che non meritino maggiore approfondimento. In effetti, di una violazione dell'art. 3 Cost. non è possibile parlare qualora si consideri che una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale e un altrettanto univoca dottrina hanno da lungo tempo chiarito come sia proprio il principio di eguaglianza, sostanzialmente inteso, ad imporre un trattamento diseguale per casi diseguali, ed è ovvio che la parte pubblica, in quanto tale ed in quanto obbligata all'esercizio dell'azione penale, sia talvolta assoggettata a regole differenti da quelle che vigono per la parte privata. Quanto all'idea che il pubblico ministero debba potersi "difendere" contro l'ordine d'indagini o d'imputazione coatta, essa costituisce nulla più che un'altra ulteriore manifestazione della tendenza nostrana alla moltiplicazione dei controlli, cui si è già accennato.

⁽²³⁹⁾ Così Corte cost., sent. n. 263 del 1991.

⁽²⁴⁰⁾ In tal senso, con estrema chiarezza, cfr. ancora M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 310.

va, formulata all'inizio del discorso, circa la conformità della normativa in parola ai principi di un processo che si autodefinisce "accusatorio".

La questione non è semplice. Da un punto di vista formalistico sarebbe facile rispondere, come fa d'altronde la Corte nella citata sentenza, che «non vi è commistione tra le due funzioni, di iniziativa e di controllo, dato che l'essenza di quest'ultima non sta nell'individuazione dell'imputazione, bensì nell'accertamento della necessità di procedere».

Guardando la cosa, però, un po' più a fondo, sembra difficile sottrarsi all'idea che tanto il provvedimento previsto dal comma 4° dell'art. 409 c.p.p., quanto, e soprattutto, l'ordinanza emessa in base al successivo comma 5°, non si traducano in una intromissione del giudice nell'atto d'esercizio dell'azione penale⁽²⁴¹⁾. Non senza ragione la dottrina⁽²⁴²⁾ si è chiesta cosa si nasconda dietro la neutra lettera del-

⁽²⁴¹⁾ Per questa opinione v. A. BERNARDI, *Art. 409*, cit., p. 537 e ss.; G. CONTI, *La chiusura delle indagini preliminari*, cit., 930; A. DIDI, *Il dissenso del g.i.p.*, cit., 239; M. FERRAIOLI, *Il ruolo*, cit., p. 104; G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 64; A. GRASSI, *Appunti per una questione*, cit., 314; M. MURONE, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 221; E. SELVAGGI, *Notizie e pseudo notizie*, cit., 589; A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 313; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 588; G. TRANCHINA, *Ruoli naturali e innaturali*, cit., p. 504. Cautio, sull'argomento, il giudizio di P. FERRUA, *Studi sul processo*, cit., p. 55; e M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 13, sottolineando la difficoltà di riconoscere se il principio del *ne procedat* non sia, in effetti, salvaguardato solo in apparenza. *Contra*, a difesa della disciplina prevista dall'art. 409, 4° e 5° comma, c.p.p., v. S. CELLETTI, *Principio costituzionale di obbligatorietà*, cit., 351; F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 406; V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria*, cit., 1301; G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari*, cit., p. 378; G. RICCIO, *Il nuovo pubblico ministero*, cit., 27. Sembra opportuno specificare come, mentre alcuni degli autori appena elencati sostengono che la disciplina in discorso non conterrebbe elementi di deroga rispetto al canone *ne procedat*, altri prendono atto della deroga, notando, però che un sistema improntato al principio di obbligatorietà dell'azione penale non può conformarsi in pieno agli schemi del processo accusatorio puro. Tirando le somme, sembra decisamente maggioritaria l'opinione che ravvisa nella disciplina dell'art. 409, 4° e 5° comma, c.p.p., uno scarto dalla regola del *ne procedat iudex ex officio*.

⁽²⁴²⁾ Cfr. G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 63, mettendo in evidenza che «non si comprende bene se la fissazione dell'imputazione sia un compito da assolvere a quattro mani, attraverso graduali messe a punto; ovvero se sia prerogativa del giudice, che determina con l'ordinanza il contenuto accusatorio emergente dalle indagini... ovvero, infine, se sia esclusiva competenza del pubblico ministero, rispetto alla quale il giudice per le indagini preliminari ha una funzione prima sollecitatoria (ordinanza ex art. 409 comma 5) e poi meramente notarile (decreto ex art. 128 disp. att.)».

l'art. 409, 5° comma, c.p.p. ai sensi del quale «il giudice... dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione».

Il punto è che, con ogni probabilità, un *dictum* così generico da rendere poco chiaro se sia il pubblico ministero recalcitrante a formulare, dopo tutto, l'atto imputativo, oppure se, come parrebbe più logico da un punto di vista pratico, sia il giudice a definirne i tratti portanti, corrisponde all'intento del legislatore di non sbilanciarsi troppo in una direzione che renderebbe l'istituto più discusso di quanto già non sia, lasciando alla pratica il compito di definirne i contorni.

Questo "pudore" legislativo è riscontrabile anche nella norma che conclude il procedimento d'imputazione coatta nel processo tedesco, ovvero in quel § 175 *StPO* ai sensi del quale «il giudice che, dopo l'audizione dell'incolpato, consideri fondata l'istanza, decide l'elevazione dell'accusa. Al pubblico ministero spetta l'espletamento di questa decisione»⁽²⁴³⁾. Con estremo pragmatismo, peraltro, la dottrina, sin dall'entrata in vigore della *StPO*, sostiene che il provvedimento conclusivo del *Kev* debba, in caso di accoglimento dell'istanza, delineare compiutamente tutti quegli elementi per solito contenuti nell'atto d'accusa, quindi generalità dell'imputato, il fatto attribuitogli, con le sue coordinate spazio-temporali, nonché le norme del diritto sostanziale sotto cui sussumerlo⁽²⁴⁴⁾. Al pubblico ministero, secondo quest'indiscussa linea interpretativa, compete un ruolo di supino esecutore di un atto d'imputazione formulato integralmente *aliunde*.

Non è facile dire se in Italia potrebbe attecchire un orientamento del genere. La tendenza attuale, come si è visto, è tutt'altra: l'imputazione coatta è considerata, nonostante l'eufemistico *dictum* normativo, come istituto profondamente contrastante con il principio accusatorio del *ne procedat iudex ex officio*, tanto che se ne propone la sostituzione con il vecchio meccanismo del giudice istruttore; strumento meno ipo-

⁽²⁴³⁾ «*Erachtet das Gericht nach Anhörung des Beschuldigten den Antrag für begründet, so beschließt es die Erhebung der öffentlichen Klage. Die Durchführung dieses Beschlusses liegt der Staatsanwaltschaft ob.*»

⁽²⁴⁴⁾ V. G. BISCHOFF, *Das Klageerzwingungsverfahren*, cit., p. 52; S. JANS, *Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens*, cit., pp. 140 e 241; KLEINKNECHT / MEYER-GOSSNER, *Strafprozeßordnung*, cit., § 175, RD 2.

crita, a detta di alcuni, e, in quanto tale, più efficiente rispetto allo scopo perseguito ⁽²⁴⁵⁾.

Efficienza a parte – dimostrabile solo attraverso una lunga e accurata pratica dell'istituto – sembra importante chiedersi se *veramente*, e al di là dell'apparenza, i due provvedimenti conclusivi dell'udienza per l'archiviazione incidano sulla tenuta del canone *ne procedat iudex ex officio*.

Il principio *de quo* è considerato dalla dottrina uno dei cardini fondamentali attorno a cui ruota un sistema processuale che possa definirsi accusatorio ⁽²⁴⁶⁾. Tra le parole chiave adoperate, attorno all'inizio del XIX secolo, dai fautori di quella riforma che avrebbe dovuto scardinare le strutture inquisitorie, il principio della separazione tra organo dell'accusa e organo giudicante apparve, ben presto, come la colonna portante in mancanza della quale l'intero ideale edificio sarebbe apparso solo uno scenario di cartone costruito a ricoprire la vecchia anima inquisitoria ancora intatta. Pubblicità, oralità, immediatezza, libero convincimento, giuria popolare: innovazioni del genere non sarebbero servite a nulla qualora fosse venuto a mancare un giudice imparziale, perché coinvolto nell'esercizio dell'azione e nelle prerogative dell'organo istruttore ⁽²⁴⁷⁾. Se è vero, dunque, che in una visione moderna e consapevole delle svariate forme rivestite tanto dal sistema inquisitorio, quanto da quello accusatorio nel corso dei secoli, la contrapposizione si riduce ad un'unica, vitale differenza, data dal metodo di accertamento della verità giudiziale, basato o meno su una contesa dialettica dinanzi al giudice-arbitro ⁽²⁴⁸⁾, è vero pure che, senza la tutela del *ne procedat*, quel metodo di accertamento viene inficiato prima ancora di potersi esplicare. Il giudice che esercita l'azione e, successivamente, su di essa giudica, non è più in grado di liberarsi dal peso psicologico dell'accusa esercitata, dal pre-giudizio inerente alla posizione interiore di chi, nell'alternativa tra agire o archiviare, ha ritenuto indispensabile

⁽²⁴⁵⁾ In tal senso G. GIOSTRA, *Controllo giurisdizionale*, cit., 2669; A. GRASSI, *Appunti per una questione*, cit., 314.

⁽²⁴⁶⁾ Sull'argomento, cfr. per tutti G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio*, cit., p. 1.

⁽²⁴⁷⁾ V. in tal senso le interessanti pagine di K. ELLING, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft*, cit., p. 26.

⁽²⁴⁸⁾ Così G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio*, cit., p. 2.

seguire la prima strada ⁽²⁴⁹⁾. Qui, dunque, sta il senso e lo scopo del principio: impedire un'inevitabile compromissione nell'imparzialità della persona fisica chiamata a pronunciarsi sulla *res iudicanda*. Qui sta anche, però, il suo limite d'utilità. Qualora l'organo giudicante sul merito sia persona diversa dal magistrato che ha condotto le indagini, e giudichi su un materiale non da quest'ultimo precostruito, in quanto la prova si formi realmente in dibattimento, ha scarso rilievo che a provocare la *iurisdictio*, esercitando l'azione, sia stato un magistrato-giudice o un magistrato-pubblico ministero ⁽²⁵⁰⁾.

L'importante – l'essenziale, anzi – è che il risultato delle investigazioni pre-processuali sia concepito dalla legge e trattato dai pratici per

⁽²⁴⁹⁾ Cfr., nettamente in tal senso, già J. BONFANTI, *Della istruzione de' processi criminali*, cit., p. 13.

⁽²⁵⁰⁾ Tanto più che l'ordinamento italiano non prevede metodi di assunzione differenti e carriere separate per la magistratura requirente e quella giudicante. Resta, quindi, decisamente condivisibile l'opinione di chi evidenzia come «l'imparzialità non è un valore che possa definirsi solo sulla base di un dato negativo, come il mancato coinvolgimento del giudice nelle indagini... reclutati in un unico concorso, componenti di un medesimo corpo, giudice e pubblico ministero vivono in stretta simbiosi, con possibilità per la stessa persona fisica di passare dall'una all'altra funzione». In tal senso, P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, cit., p. 55. Il problema della separazione delle carriere di giudici e pubblici ministeri è stato oggetto di trattazione in un recente convegno dedicato, più in generale ai problemi del pubblico ministero. V., in particolare, le relazioni di G. ILLUMINATI e di F. PINTUS sul tema «*Giudici e pubblico ministero nell'ordinamento e nella dialettica del processo penale*», in *Il pubblico ministero oggi. Atti del Convegno, St. Vincent, 3-5 giugno 1993* (in corso di pubblicazione); il contributo di M. MADDALENA, sul tema «*Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*», in *Il pubblico ministero oggi*, cit.; nonché quello di G.D. PISAPIA, *Relazione introduttiva*, *ibidem*. Sull'argomento cfr. pure U. DINACCI, *Prospettive sistematiche del processo penale*, Padova, 1975, p. 207; «*Le regole del gioco*» di Lancillotto, *Mitologie giudiziarie: l'indipendenza del p.m.*, in *il giusto processo*, 1991, 241; ID., *Ruolo del P.M. e distinzione di carriera*, *ivi*, 1992, 220; A. GAITO e M. MARGARITELLI, *Un Csm inquirente e requirente che sia distinto dal Csm giudicante*, in *Italia Oggi*, 4 maggio 1994, 1; D. MARAFIOTI, *Riflessioni su ordinamento giudiziario e nuovo processo penale*, in *il giusto processo*, 1989, 3° fasc., 47; A. MIELE, *Sommario indagini sul pubblico ministero*, cit., *passim*; G. PALOMBARINI, *P.m. e giudice: distinzione delle funzioni e separazione delle carriere*, in *Quest. Giust.*, 1993, 1, con particolare riferimento ai rilievi effettuati sulla Relazione della seconda Commissione della Camera, approvata il 30 marzo 1993 e contenente una rinnovata denuncia nei confronti della comunione di carriere tra organi referenti e giudicanti, quale fulcro di un problema di sostanziale indistinguibilità dei ruoli; nonché G. PECORELLA, *Al di là dell'alternativa dipendenza-indipendenza: il p.m. tecnico dell'investigazione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, 118.

quello che è, materiale raccolto da una parte, suscettibile di trasformarsi in "prova" solo nella alternanza dialettica dell'istruzione dibattimentale. Dove, viceversa, l'attività investigativa si traduca *ipso facto* in "prova" e, come tale, benché raccolta da una parte, venga trattata in dibattimento, come fonte, cioè di convincimento del giudice, allora avrà ben poca importanza che l'azione penale sia stata esercitata da un organo apposito, visto che è sull'impalcatura probatoria costruita da una "parte" che il giudice – si perdoni il gioco di parole – dovrà imparzialmente decidere. A questo proposito, un dettaglio può essere illuminante: nel processo inquisitorio di storica memoria non era affatto raro che magistrato inquirente e giudicante fossero due persone fisiche diverse. Le critiche dei riformatori, dunque, non si appuntavano sul fatto che il secondo agisse quale organo giudicante dopo aver esercitato l'azione, perché tale compito spettava all'*inquisitor*; il *punctum dolens* era che si giudicava sulla base di un'istruzione probatoria effettuata e messa per iscritto da un organo, nelle cui mani era assommato, ad un tempo, il potere di esercitare l'azione e formare le prove, destinante a "convincere" il futuro organo giudicante.

«Il giudizio veniva determinato in maniera essenziale dalla relazione fatta alla corte dal giudice referente, il quale, a sua volta, traeva i dati riassunti, dalla forma attribuita ai fatti dall'inquirente, dalla sua attività, ossia dai risultati dell'istruttoria. In altri termini: l'organo inquirente era, detto con un paradosso, anche l'organo giudicante. Nella persona di quest'ultimo si coniugavano, non nell'apparenza, ma certo nella sostanza, le funzioni dell'*inquirere* e del *iudicare*... l'organo giudicante dipendeva in tutto e per tutto dall'inquirente» ⁽²⁵¹⁾.

A ben vedere il sistema così descritto presenta una certa assonanza con quello conosciuto dall'ordinamento italiano sino al 1988. Nel codice Rocco, infatti, tanto il giudice istruttore, quanto il pubblico ministero raccoglievano e formavano, nel corso delle indagini, le prove destinate a convincere l'organo giudicante, mentre l'istruttoria dibattimentale si risolveva *de facto* nella lettura dei verbali provenienti dalla fase precedente. In un sistema del genere aveva, dunque, assai poco senso

⁽²⁵¹⁾ In questi termini K. ELLING, *Die Einführung*, cit., p. 23, traccia lo schema del processo inquisitorio così come tramandato alla storia dalle sue versioni codificate nelle legislazioni tedesche del XIX secolo.

insistere sulla violazione del *ne procedat iudex ex officio* realizzata dal giudice istruttore che, non condividendo la richiesta d'archiviazione presentata dal pubblico ministero, ordinasse la prosecuzione dell'istruttoria in via formale ⁽²⁵²⁾.

Nella costruzione codicistica odierna la trasmigrazione di materiale probatorio dalla indagini al dibattimento è o dovrebbe essere evenienza episodica, non fisiologica e non ha più senso parlare di una sostanziale identificazione tra organo inquirente e giudicante. Nel sistema dell'88, chi esercita l'azione svolge o dovrebbe svolgere anche un'attività investigativa realmente "di parte" e non contamina con la propria positura psicologica il giudice del dibattimento.

Nella stessa misura, la terzietà di quel giudice non può venir compromessa dal fatto che un altro magistrato dallo stesso nome intervenga sull'atto di esercizio dell'azione penale a *scopi di controllo*, visto che, anzitutto, i due ruoli non coincideranno mai, per ovvi motivi d'incompatibilità ⁽²⁵³⁾, nella stessa persona fisica e che, in secondo luogo, il giudice per le indagini preliminari, nell'udienza *ex art. 409 c.p.p.* emette provvedimenti di rito, senza intervento alcuno in un merito che, come si è visto, nulla ha a che fare con quella fase di mero controllo.

Insomma, ciò che si mira a porre in evidenza con questo discorso è che il canone *ne procedat iudex ex officio* non ha un valore autonomo, ma utile nella misura in cui serva effettivamente a tutelare la terzietà del magistrato giudicante; che, in altre parole, il principio non può e non deve essere interpretato in maniera formalistica, ma rigorosamente sostanziale. Se così non fosse, finiremmo, ancora una volta, per costruire una scenografia di cartapesta in cui, dietro l'ossequio formale del canone, potrebbero nascondersi le peggiori violazioni di fatto della lo-

⁽²⁵²⁾ Sostanzialmente in tal senso v. C. TAORMINA, «Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale» alle soglie del nuovo codice di procedura, in *Giust. Pen.*, 1988, III, 129.

⁽²⁵³⁾ Nello scarno articolo 34 c.p.p. il legislatore non aveva, in realtà, previsto incompatibilità di sorta tra giudice per le indagini preliminari che avesse emesso l'ordinanza d'"imputazione coatta" e giudice del dibattimento. È stata la Corte costituzionale a colmare la lacuna, dichiarando l'illegittimità dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva siffatta ipotesi d'incompatibilità. Cfr. Corte cost., sent. n. 502 del 1991. Sull'argomento v. G. BARONE, *Art. 34*, in *Commentario del nuovo codice*, cit., I, p. 224; L. GIOVANNETTI, *La sentenza costituzionale n. 502 del 1991: ancora un passo avanti nelle ipotesi d'incompatibilità. L'ultimo?*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1742.

gica propria di un processo accusatorio. Era questa illusione ottica che, sotto la vigenza del codice Rocco, induceva parte della dottrina a considerare tutelato il *ne procedat* dal fatto che l'archiviazione mutasse nome, trasformandosi da atto di non-esercizio in atto di esercizio dell'azione penale ⁽²⁵⁴⁾. Tanto bastava a quel certo orientamento per eliminare le tare di un sistema dall'anima profondamente inquisitoria.

Tirando le somme sia il provvedimento previsto dall'art. 409, 4° comma, c.p.p., sia la più discussa "imputazione coatta", non violano la sostanza del *ne procedat iudex ex officio*, in quanto non compromettono la "terzietà" dell'organo dibattimentale.

Un'ipoteca sensibile sull'istituto è costruita, però, dal fatto che il codice non prevede incompatibilità di sorta tra giudice che abbia ordinato l'imputazione coatta e giudice investito dell'udienza preliminare. Qui, effettivamente, nonostante il contrario *dictum* della Corte costituzionale ⁽²⁵⁵⁾, si verifica una situazione in grado di compromettere il canone del *ne procedat* e la terzietà dell'organo decidente ⁽²⁵⁶⁾. Come si vedrà poco oltre, la funzione del giudice nell'udienza preliminare è esattamente speculare a quella del giudice chiamato al controllo sulla legittimità dell'inazione: nell'udienza preliminare ciò di cui si discute è se l'azione penale sia stata o meno esercitata in presenza dei presupposti voluti dalla legge. Provvedimento conclusivo della fase in discorso è una decisione di rito, così come di rito è il provvedimento d'imputazione coatta, il che – argomenta la Corte – eliminerebbe ogni problema, visto e considerato che l'incompatibilità ha rilievo solo qualora il secondo termine della questione sia una decisione di merito.

È un argomento decisamente formalistico. Nella realtà dei fatti, si chiama ad esercitare un ruolo imparziale, nella scelta tra "blocco" dell'azione esercitata o via libera definitivo, un giudice che, in fase precedente, ha ritenuto necessario costringere il pubblico ministero alla formulazione dell'atto d'accusa.

In altre parole si chiama a decidere sulla legittimità dell'azione esercitata un organo che, servendosi del pubblico ministero come di una involontaria *longa manus*, ha egli stesso dato il via all'apertura del processo.

⁽²⁵⁴⁾ Cfr., per tutti, G. LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, cit., 491.

⁽²⁵⁵⁾ V. Corte cost., sent. n. 401 del 1991.

⁽²⁵⁶⁾ Per questa opinione v. P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, cit., pp. 55 e 64.

L'esame appena compiuto non è in grado di consegnare all'interprete dati realmente significativi circa l'effettiva funzionalità, quali "strumenti di controllo", delle due ordinanze d'imputazione e d'indagini coatte. Un'analisi empirica – con relativi "monitoraggi" delle esperienze registrate in proposito presso alcune sedi campione, permette, con tutta la prudenza del caso, di trarre corollari ben più consistenti sul tema. Ed infatti: i dati forniti da un recente lavoro ⁽²⁵⁷⁾, mostrano all'occasionale osservatore una serie di rilievi sconcertanti. Accanto alla notevole scarsità di casi in cui il giudice per le indagini preliminari ha ritenuto opportuna l'emanazione di un'ordinanza d'indagini coatte, ciò che "salta all'occhio" è, viceversa, l'uso imparagonabilmente più ampio della cosiddetta imputazione coatta. L'autore dell'analisi empirica di cui si discute interpreta questi elementi fattuali come indice di una residua mentalità inquisitoria – da "giudici istruttori" – negli organi preposti al controllo sulla richiesta del pubblico ministero. Conforterebbe questa illazione, il fatto che nessuno, tra i casi "monitorati" d'imputazione coatta, ha condotto ad una condanna dibattimentale ⁽²⁵⁸⁾.

Chiaramente non è semplice "interpretare" dati statistici; ma, pur con questa riserva, pare di poter condividere l'opinione ora citata, con qualche precisazione. La scarsissima ricorrenza di provvedimenti d'indagine coatta può, forse, ascriversi al convergere di due fattori, ovvero, da un lato, l'ormai istituzionale scarsità di risorse, umane e non, che affligge le procure e, dall'altro, la consapevolezza (o il pregiudizio) da parte dell'organo controllante che un pubblico ministero "costretto" ad *inquire* non possa essere un efficiente investigatore. Di qui l'ovvio corollario, che conduce direttamente ad un uso "maggiorato" dell'im-

⁽²⁵⁷⁾ V. E. MAGGIORA, *Dati per una verifica empirica*, cit., 625 e ss. In fase di pubblicazione del volume sono divenuti disponibili i risultati del monitoraggio su scala nazionale realizzato dal Ministero di Grazia e Giustizia. L'esito è diametralmente opposto a quello esposto nel citato lavoro del MAGGIORA e in particolare, risulta chiaro come la quantità statistica di provvedimenti cosiddetti d'indagini coatte sia esattamente doppia rispetto a quella dei provvedimenti d'imputazione coatta (lo 0,4% sul totale delle richieste d'archiviazione, nel primo caso, e lo 0,2% nel secondo caso). V. Ministero di Grazia e Giustizia, Direzione generale degli affari penali, *Nuovo codice di procedura penale. Monitoraggio*, I, Ottobre 1989-Dicembre 1993, Grafico n. 26. Non resta che «consegnare» i dati citati all'attenzione del prossimo interprete e dell'attuale lettore, considerando, forse con un tantino d'ironia, le meraviglie della statistica.

⁽²⁵⁸⁾ In tal senso E. MAGGIORA, *Dati per una verifica*, cit., 623.

putazione coatta: si scarica sul dibattimento il caso non adeguatamente istruito, con la convinzione che, così, si possa impedire l'eventuale impunità del sospetto colpevole.

Se la spiegazione è questa, occorre notare come un simile comportamento si traduca anzitutto in un vero e proprio atto lesivo del c.d. "diritto dell'indagato all'archiviazione", quale prerogativa derivante al cittadino da una paritaria applicazione dell'art. 112 Cost. L'individuo assoggettato a procedimento penale ha diritto a che magistrati inquirenti e non si comportino nei suoi confronti con quella "imparzialità" che deve *comunque* improntare il comportamento degli organi pubblici in base al superiore disposto dell'art. 3 Cost. A ben vedere, però, il giudice che "spinga" sino al dibattimento tanto il caso sufficientemente istruito, quanto quello che tale non è, viola questa regola di base, trattando in modo eguale situazioni ben differenti. A ciò si aggiunga che l'esercizio coatto dell'azione per una fattispecie sulla quale non esistano «elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio» si scontra non solo e non tanto con la regola di cui all'art. 125 disp. att. c.p.p., ma prima ancora con l'art. 112 Cost., il cui senso concreto risiede – è il caso di ribadirlo – non nell'attivazione del processo, quale valore a sé stante, ma piuttosto nella punizione di ogni reato che appaia realmente tale.

13. *Il comportamento del pubblico ministero nelle indagini su un reato commesso da ignoti.*

Le investigazioni occasionate da un reato del tutto privo di elementi indizianti a carico di una o più persone, si caratterizzano per alcune modalità di regolamentazione ovviamente dipendenti dalla peculiarità fattuale in discorso. Anzitutto, il termine di sei mesi, previsto dall'art. 405, 2° comma, c.p.p. quale generale limite di durata delle indagini preliminari (salvo proroghe) non inizia a decorrere, essendo esso vincolato all'esistenza di un soggetto qualificabile come "persona sottoposta alle indagini". Inizia, però, a decorrere un termine ulteriore, in quanto, ai sensi dell'art. 415, 1° comma, c.p.p., entro sei mesi dall'iscrizione della *notitia criminis* relativa ad un reato commesso da ignoti, il pubblico ministero deve decidere se continuare ulteriormente le inve-

stigazioni o chiedere l'archiviazione. In questa prospettiva, è certo innegabile che la fase di "chiusura" di un procedimento d'indagine condotto contro ignoti, non produce – come d'ordinario – l'effetto di porre il pubblico ministero dinanzi alla scelta tra esercitare l'azione o archiviare ⁽²⁵⁹⁾, ma lo pone davanti ad una triplice possibilità: iscrivere il nome dell'indiziato, ove ne sia giunto a conoscenza (atto collegato con l'avvio della decorrenza del termine ordinario di sei mesi); chiedere l'archiviazione; chiedere un'autorizzazione a proseguire le indagini.

La differenza in discorso è ovviamente ed inevitabilmente prodotta – come si diceva – dalla peculiare natura delle indagini contro ignoti, per definizione incapaci di dar luogo a quel caratteristico atto oggettivamente e soggettivamente determinato che è l'imputazione. Ciò non implica, però, in alcun modo, come pure ventilato in dottrina, che le indagini contro ignoti siano «finalizzate esclusivamente all'individuazione degli eventuali autori del reato» ⁽²⁶⁰⁾ e non allo scopo attribuito in generale dall'art. 326 c.p.p. alle indagini preliminari, ravvisato nelle «determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale».

Una simile "parcellizzazione" degli scopi perseguiti dall'indagante nelle investigazioni contro ignoti, non corrisponde né alla realtà normativa – assolutamente silente sul punto in discorso – né, men che meno, alle sfaccettature della quotidianità: come a dire che il pubblico ministero, tutto proteso verso la scoperta dell'ancora ignoto autore, dovrebbe dimenticare lì dove si trova ogni ulteriore indizio, qualora fosse attinente a ciò che riguarda la dimensione oggettiva dell'illecito.

In realtà, il procedimento d'indagine sul reato commesso da ignoti, è solo il segmento iniziale di un fenomeno più ampio, che è il procedimento ordinario, con il quale ha in comune forme e, soprattutto, scopi, ovvero la scelta tra azione e archiviazione. La vera peculiarità di quel segmento consiste nel fatto che la sua presenza posticipa e rende eventuale quella scelta, condizionandola all'intervenuto acclaramento della direzione soggettiva delle indagini, senza, per ciò solo, "mutilarne" le finalità.

Si tratta di una precisazione importante, visto che la tendenza ad

⁽²⁵⁹⁾ Per questa osservazione cfr. A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 19.

⁽²⁶⁰⁾ Così A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 18.

accentuare la "specialità" del procedimento contro ignoti produce una serie di effetti a catena.

La Corte di cassazione ⁽²⁶¹⁾, infatti, chiamata a decidere circa la legittimità del provvedimento con cui il giudice autorizzava la prosecuzione delle indagini, imponendovi, però, un termine massimo di sei mesi, ha annullato quest'ultima statuizione, in quanto non espressamente prevista dall'art. 415 c.p.p., e neppure applicabile in base ad analogia con il procedimento investigativo ordinario. Il giudice per le indagini preliminari – argomenta la Corte – ha verosimilmente applicato la disciplina dei termini e delle proroghe, prevista per il procedimento ordinario dagli artt. 405 e 406 c.p.p., senza percepire la sostanziale differenza tra quest'istituto e quello delineato nell'art. 415 c.p.p., radicata nel fatto che solo nell'investigazione ordinaria esiste un indagato da tutelare, per il suo interesse ad una rapida conclusione delle indagini, e, quindi, solo in quel contesto ha senso l'apposizione di termini finali.

Le considerazioni che precedono rendono chiaro come l'innegabile differenza ⁽²⁶²⁾ esistente tra il procedimento di chiusura delle indagini ordinarie, con la sua duplice alternativa tra agire o archiviare, e il procedimento potenzialmente terminativo delle indagini contro ignoti, per propria natura impossibilitato a concludersi con l'atto d'esercizio dell'azione, ha indotto la S.C. a leggere l'intera fase investigativa su un reato temporaneamente privo di indiziati, come procedimento *sui generis*, radicalmente diverso dall'ordinario e ad esso non sovrapponibile, neppure per quanto concerne la disciplina dei termini apposti al lavoro dell'indagante.

⁽²⁶¹⁾ Cfr., Cass., Sez. VI, 18 dicembre 1992, in *Giur. It.*, 1994, II, 512, con nota di C. VALENTINI REUTER. In una più recente decisione, la S.C., pur dichiarando non impugnabile il provvedimento con cui il g.i.p. autorizzi "a termine" la prosecuzione delle indagini contro ignoti, ha ribadito come un simile atto sia illegittimo dato il tenore dell'art. 415 c.p.p. e, pertanto, l'apposizione del termine deve essere considerata *tamquam non esset*. V., in tal senso, Cass., Sez. VI, 24 settembre 1993, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1994, 416.

⁽²⁶²⁾ Sottolineano, in maniera più o meno accentuata, le peculiarità del procedimento contro ignoti G. CONTI - A. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, in *Enc. Giur.*, Roma, XVI, 1989, 18; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1993, 66; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 18.

Agli argomenti addotti dalla Cassazione può essere, però, obiettato anzitutto che la stessa Corte costituzionale, con una sentenza ⁽²⁶³⁾ ricca di spunti importanti per l'interpretazione dell'art. 415 c.p.p. ⁽²⁶⁴⁾, ha sostenuto come la mancanza di un rinvio globale operata dalla norma *de quo* nei confronti della generale disciplina prevista dal codice per l'archiviazione, non implica l'inapplicabilità al procedimento ex art. 415 c.p.p. di tutte le disposizioni ordinarie, che con esso risultino compatibili.

Ora, se tanto è vero per la fase di chiusura delle indagini, caratterizzata, come si è visto, dalle peculiarità più evidenti, data l'impossibilità, in quel contesto, di un esercizio dell'azione penale come alternativa all'archiviazione, a maggior ragione sembra opportuno concludere per l'applicabilità, al procedimento contro ignoti complessivamente considerato, di tutte quelle disposizioni ordinarie che non siano con esso evidentemente incompatibili.

Il gradino successivo del ragionamento porta — è chiaro — a chiedersi se la disciplina dei termini per le indagini, e relative proroghe, risulti o meno sovrapponibile al procedimento d'indagine per un reato commesso da ignoti e, in particolare, alla richiesta del pubblico ministero che domanda di essere autorizzato a proseguire le investigazioni, non essendo ancora in grado d'individuare un possibile autore e, al tempo stesso, ritenendo fondatamente di poter raggiungere quel risultato grazie ad ulteriori sforzi investigativi.

La disciplina codicistica dei termini per le indagini e delle eventuali proroghe, costituisce la composizione del contrasto tra l'interesse all'acclaramento dell'accaduto storico e il diritto dell'indagato a veder definita la propria posizione in tempi ragionevoli ⁽²⁶⁵⁾. L'approssimarsi

⁽²⁶³⁾ Corte cost., sent. n. 409 del 1990.

⁽²⁶⁴⁾ Sottolineano la rilevanza in tal senso della decisione in discorso, G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 406; G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 68; F. RIGO, *Archiviazione, principio del contraddittorio e poteri del g.i.p.*, in *Cass. Pen.*, 1994, 1562.

⁽²⁶⁵⁾ In tal senso, con inequivocabile chiarezza, M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante»*, cit., p. 102. V., sull'argomento, M. BILANCETTI, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, cit., 305; R. CENICCOLA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., 658; G. CONTI - A. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, cit., p. 16; A. FERRARO, *Osservazioni in tema di termini di durata delle indagini preliminari*, in *Cass. Pen.*, 1993, 103; M.E. GAMBERINI, *In tema di proroga del termine per indagini prelimi-*

della scadenza del termine apposto alle indagini senza che il pubblico ministero sia in grado di determinarsi circa l'alternativa tra agire e archiviare, provoca il sorgere di una "presunzione d'inutilità" di ulteriori investigazioni, vincibile solo qualora, nell'apposito procedimento di cui all'art. 406 c.p.p., il pubblico ministero riesca a dimostrare il contrario.

In questo senso, dunque, la cassazione⁽²⁶⁶⁾ non ha torto quando rileva che, nel procedimento contro ignoti, non esiste indagato il cui interesse sia tutelabile in sede di autorizzazione alla proroga delle indagini.

Il punto è, però, che la disciplina dei termini non ha come unico scopo la garanzia di quell'interesse, risultando anche preordinata a controllare la tempestività e l'efficienza del lavoro svolto dall'organo indagante, nonché ad evitare che lo iato costruito tra fatto criminoso e fase dibattimentale dalla durata dell'attività investigante, renda nebulosa e inattendibile la ricostruzione dell'accaduto storico in sede di formazione della prova⁽²⁶⁷⁾.

Che il legislatore non abbia negato l'esistenza – peraltro ovvia – di siffatte finalità nel peculiare contesto delle investigazioni su un fatto commesso da ignoti, diventa chiaro qualora si consideri che anche questo tipo d'indagini risulta sottoposto ad un termine di sei mesi, entro il quale, ai sensi dell'art. 415, 1° comma, c.p.p., il pubblico ministero deve decidere se continuare ad indagare ovvero chiedere l'archiviazione.

La durata delle investigazioni in discorso non è, dunque, un proble-

nari, in *Giur. It.*, 1993, II, 691; F. GIANNITI, *La poliedrica figura del giudice per le indagini preliminari*, cit., 604; V. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale*, cit., 363; N. RAIMONDI, *Proroga del termine delle indagini preliminari: un contraddittorio da riequilibrare*, in *Dif. Pen.*, 1993, 45; G. SPANGHER, *Sulla possibile proroga del termine per le indagini preliminari anche dopo la sua scadenza*, in *Giur. Cost.*, 1992, 1294; G. TRANCHINA, *Ruoli naturali e innaturali*, cit., p. 498. Non sono mancate voci, anche autorevoli, che hanno negato la ragionevolezza di una disciplina impositiva di termini al lavoro degli investigatori, nonostante l'attenuazione costituita dalle possibili proroghe. Per questo orientamento v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 665; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 531.

⁽²⁶⁶⁾ Cfr., Cass., Sez. VI, 18 dicembre 1992, cit.

⁽²⁶⁷⁾ Pone l'accento sulla finalità di garanzia del principio di obbligatorietà implicito nel controllo sull'efficienza del lavoro investigativo svolto in sede di autorizzazione alla proroga dei termini C. TAORMINA, *Diritto processuale*, cit., I, p. 531. Mette, invece, in evidenza lo scopo di garanzia di una corretta ricostruzione dei fatti in sede di attività probatoria dibattimentale G. CONTI - A. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, cit., p. 16.

ma indifferente per il legislatore: l'incongruenza sta, a dire il vero, proprio nel fatto che l'art. 415 c.p.p. non prevede la possibilità o, per meglio dire, il dovere del giudice di statuire un termine massimo, in sede di autorizzazione alla prosecuzione delle indagini. Il costrutto legislativo, seguito alla lettera, postula il seguente scenario: una volta intervenuta la *notitia criminis* su un reato commesso da ignoti, il pubblico ministero ha a sua disposizione sei mesi per indagare; qualora, entro quel termine non scoprisse nulla sui presunti colpevoli e domandasse fruttuosamente un'autorizzazione a proseguire nel suo lavoro, si troverebbe di colpo gratificato da una licenza d'indagare senza limiti temporali, una "storia infinita" di cui nessuno controllerà più – se quel pubblico ministero non lo desidera – esiti e confini.

Questo è anche lo scenario evocato allorché si giudica illegittimo il provvedimento del giudice, autorizzativo di ulteriori indagini, ma *cum termine*. Ad evitare effetti simili nell'interpretazione di una norma evidentemente troppo sintetica, sembra auspicabile un futuro intervento del legislatore.

14. *Il ruolo della persona offesa nella fase di controllo sulla richiesta d'archiviazione.*

È stato già messo in evidenza come la regolamentazione codicistica del procedimento d'archiviazione si sia ispirata alla disciplina tedesca del *Klageerzwingungsverfahren* in maniera episodica. Se, infatti, uno dei tre possibili provvedimenti conclusivi dell'udienza *ex art.* 409 c.p.p. – la cosiddetta imputazione coatta – ricalca, concettualmente, l'idea-chiave del *Kev* di un giudice che impone l'esercizio dell'azione penale all'organo dell'accusa, è pur vero che l'istituto italiano configura in termini assai diversi dal suo "precursore" straniero il ruolo della persona offesa nel contesto della fase di controllo sul comportamento del pubblico ministero archiviante.

Nel *Klageerzwingungsverfahren* la presunta vittima del reato funge da vero e proprio "detonatore" nell'avvio della revisione critica del provvedimento con cui l'organo dell'accusa nega l'esistenza dei presupposti indispensabili all'esercizio dell'azione penale. Si tratta di una constatazione oggettiva, valida tanto nel caso in cui si ritenga condivi-

sibile l'orientamento dottrinale che "legge" nel *Kev* un istituto concesso alla persona offesa per la tutela delle sue prerogative procedimentali, quanto nell'ipotesi in cui si ritenga di dover aderire all'altro che, viceversa, considera il ruolo rivestito da quella figura nel contesto del *Klageerzwingungsverfahren* come un "asservimento" degli interessi privati al fine di efficace tutela del principio di legalità ⁽²⁶⁸⁾.

Il ruolo congegnato per la persona offesa ⁽²⁶⁹⁾ nella fase di controllo sull'archiviazione dal codice italiano è del tutto diverso, stando che il vaglio giudiziale sulla richiesta del pubblico ministero riveste carattere routinario e non è, dunque, subordinato ad un'attivazione in tal senso della presunta vittima. Gli artt. 408, 409 e 410 c.p.p. delineano, piuttosto, il ruolo di quest'ultima nei termini di un intervento eventuale, subordinato a due distinte condizioni, ovvero, in un caso, l'autoattivazione della persona offesa che ritenga di avere validi motivi per non condividere l'assunto del pubblico ministero archivante e, nell'altro, la volontà del giudice per le indagini preliminari di chiarire nel contraddittorio di tutti gli interessati – ivi compresa la persona offesa – i presupposti di un'archiviazione che gli appare di dubbia legittimità.

Scendendo a precisare il percorso normativo predisposto dal codice, appare chiaro che il "promotore" dell'eventuale intervento della persona offesa è proprio il pubblico ministero intenzionato ad archiviare, obbligato dall'art. 408, 2° comma, c.p.p. a notificarle avviso della richiesta, precisando come l'offeso abbia dieci giorni di tempo per

⁽²⁶⁸⁾ Sui termini precisi dell'accennata polemica dottrinale v. *infra* i §§ 7 e 8 del presente Capitolo.

⁽²⁶⁹⁾ In generale sulla posizione della persona offesa nel vigente codice di rito v. E. AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in *Commentario*, cit., I, p. 533; A. GHIARA, *Art. 90*, in *Commento*, cit., I, p. 401; S. LORUSSO, *In tema di omessa notifica alla persona offesa dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2605; M. PITTON, *Brevi considerazioni in tema di intervento della persona offesa*, in *Cass. Pen.*, 1993, 597; P.P. RIVELLO, *Riflessioni sul ruolo ricoperto in ambito processuale dalla persona offesa dal reato e dagli enti esponenziali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, 608; A.A. SAMMARCO, *Considerazioni sulla persona offesa dal reato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. Pen.*, 1989, III, 731; A. SETTE, *La persona offesa nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 1991, 1907; G. TRANCHINA, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1. Per una efficace definizione del concetto legislativo di "persona offesa" v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2ª ed., 1988, p. 231.

prendere visione degli atti espletati durante le indagini preliminari e, se del caso, opporsi alla richiesta dell'organo inquirente (art. 408, 3° comma, c.p.p.). Particolare interessante è che, conformemente ad un'ottica codicistica di favore per l'autoresponsabilizzazione dei soggetti nella *gestio* degli spazi procedurali ad essi spettanti⁽²⁷⁰⁾, l'obbligo di notifica incombe in capo al pubblico ministero solo nel caso in cui la persona offesa abbia manifestato, al momento della presentazione della *notitia criminis* o successivamente, la volontà di venir informata di una eventuale richiesta d'archiviazione. Ove ciò sia avvenuto, il giudice per le indagini preliminari non entra in possesso della richiesta, col relativo materiale emerso dalle investigazioni, prima che siano trascorsi i dieci giorni di tempo concessi alla persona offesa, ovvero che questa abbia presentato la propria opposizione (art. 126 disp. att.). Quest'atto, purché ammissibile in base ai requisiti pretesi dall'art. 410, 1° comma, c.p.p., trasforma l'udienza camerale in un percorso obbligato, anche nel caso in cui il giudice per le indagini preliminari condivida senza remore l'assunto archiviativo del pubblico ministero (art. 410, 3° comma, c.p.p.).

La persona offesa, peraltro, può partecipare alla fase di controllo sull'archiviazione anche qualora non si sia attivata in alcun modo, *ab origine*, per non aver richiesto la notifica di cui all'art. 408, 2° comma, c.p.p., ovvero dopo l'avvenuta richiesta d'archiviazione, non avendo manifestato la volontà d'opporvi. Ai sensi dell'art. 409, 2° comma, c.p.p., infatti, se il giudice per le indagini preliminari non accoglie la richiesta del pubblico ministero, l'avviso dell'udienza in cui si discuterà circa la legittimità dell'eventuale archiviazione dev'essere notificato anche alla persona offesa.

Nonostante la palese diversità di disciplina riscontrabile fra le forme partecipative della presunta vittima nell'istituto del *Klageerzwingungsverfahren* e nel nostrano procedimento d'archiviazione, non sembra fuori luogo mettere in rilievo come anche le norme italiane finiscano col conciliare le istanze di tutela dell'offeso con la sua "strumentalizzazione" a fini di effettiva garanzia del principio espresso dall'art. 112 Cost. Del tutto condivisibile è l'opinione di chi nota che «l'ordinamento specula sull'interesse 'naturale' dell'offeso alla repressione del-

(270) Cfr. A. GAITO, *Politica criminale*, cit., 1054.

l'illecito, recuperandone in termini soggettivi tutte le potenzialità in esso insite: in questo senso le incidenze dell'offeso dal reato nell'area immediatamente prodromica all'attivazione del contraddittorio sono finalizzate – come in modo esemplare dimostra la disciplina dell'archiviazione – ad accentuare dinamicamente la contrapposizione dialettica tra le parti»⁽²⁷¹⁾. Si tratta di un rilievo valido per le norme – in particolare gli artt. 408 e 410 c.p.p. – che costruiscono l'intervento dell'offeso in chiave di "stimolo" nei confronti della funzione di controllo affidata al giudice delle indagini preliminari, ma non meno attinente nei confronti di una disciplina che attinge la presenza della vittima al contraddittorio camerale pure nel caso in cui essa non voglia parteciparvi *sua sponte*. In effetti l'art. 409, 2° comma, c.p.p., provocando l'intervento dell'offeso all'udienza voluta esclusivamente dal giudice per le indagini preliminari, sembra mirare proprio al contributo conoscitivo e dialettico apportabile dal soggetto in discorso, contributo prezioso nell'ottica di un più effettivo controllo sulle circostanze di quel reato che il pubblico ministero ritiene di non dover perseguire.

Simili considerazioni risultano necessarie nella misura in cui la dottrina e la prassi continuino a considerare la persona offesa quale soggetto la cui presenza sia mera fonte di lungaggini procedurali⁽²⁷²⁾ e/o squilibri di struttura nell'ottica di un rito "accusatorio"⁽²⁷³⁾.

Certo nella realtà quotidiana esistono casi in cui l'interposizione della presunta vittima fra conformi valutazioni di archiviabilità effettuate da pubblico ministero e giudice, si rivela il frutto di assunti meramente querulatori. Non è casuale, in effetti, che l'art. 410, 1° comma, c.p.p. imponga determinati requisiti d'ammissibilità per l'atto mediante il quale la persona offesa manifesti il proprio intento d'opporsi alla richiesta dell'organo d'accusa. Nelle restanti ipotesi, però, la vittima del reato dovrebbe essere concepita quale soggetto potenzialmente ido-

⁽²⁷¹⁾ In questi termini G. DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 546; in senso analogo, prospettando l'opposizione della persona offesa quale ulteriore meccanismo di controllo sulla richiesta del pubblico ministero, v. V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., 1300.

⁽²⁷²⁾ Nota come spesso sia proprio questo l'atteggiamento degli organi giudiziari nei confronti della persona offesa P.P. RIVELLO, *Riflessioni sul ruolo*, cit., 614.

⁽²⁷³⁾ In tal senso, con toni estremamente critici, A.A. SAMMARCO, *Considerazioni sulla persona offesa*, cit., 732.

neo a chiarire i termini di una fattispecie concreta della quale è stata involontaria protagonista ⁽²⁷⁴⁾. E non solo. In prospettiva *de iure condendo*, l'incremento delle già esistenti ipotesi di reati perseguibili solo a querela di parte ovvero la creazione di vere e proprie forme di azione penale privata, affidata all'iniziativa dell'offeso, potrebbe contribuire a risolvere – come già accennato ⁽²⁷⁵⁾ – i non ulteriormente dilazionabili problemi del sovraccarico della giustizia.

Una volta chiarita la funzione svolta dall'intervento della persona offesa nel procedimento di controllo sulla richiesta del pubblico ministero che non intenda avviare il processo penale, il passo successivo consiste nell'esame delle norme che regolano l'intervento in parola, affinché sia chiaro se e fino a che punto esse aprano sufficiente *spatium agendi* alla vittima del reato. L'art. 409, 6° comma, c.p.p., dichiarando ricorribile presso la Suprema Corte l'ordinanza d'archiviazione nei casi previsti dall'art. 127, 5° comma, c.p.p., mira a tutelare la persona offesa da quelle violazioni del contraddittorio che si concretino nella mancata notificazione dell'avviso concernente la data dell'udienza.

È stato ritenuto che la disciplina in parola presentasse vistose lacune, tali da renderla inidonea ad una effettiva tutela della posizione processuale riconosciuta dallo stesso legislatore in capo alla persona offesa ⁽²⁷⁶⁾. La Corte costituzionale, con sentenza n. 353 del 1991, si è schierata decisamente a favore dell'accennato orientamento, riempiendo il vuoto di tutela che si apriva qualora il decreto d'archiviazione venisse emesso *de plano* e in mancanza dell'avviso dovuto, *ex art.* 408, 2° comma, c.p.p., alla persona offesa che avesse dichiarato di voler essere informata circa un'eventuale richiesta d'archiviazione da parte del pubblico ministero. Senza il predetto avviso, infatti, la vittima del reato, pure intenzionata ad opporsi alla decisione del pubblico ministero, non veniva messa in grado di esercitare tale diritto, riconosciutogli dall'art. 410 c.p.p. Non solo: ma siffatta lesione del suo diritto di difesa, risultava, nell'originario sistema codicistico, sfornita di qualsiasi rimedio, visto che l'art. 409, 6° comma, c.p.p. collegava la possibilità di

⁽²⁷⁴⁾ Sul ruolo dell'offeso quale potenziale apportare di conoscenza sui termini del commesso reato cfr. A. GIARDA, *La persona offesa*, cit., *passim*.

⁽²⁷⁵⁾ V. *infra*, Cap. II, § 4.

⁽²⁷⁶⁾ Per acute considerazioni v. G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 47.

un ricorso presso la Suprema Corte solo alla nullità dell'ordinanza d'archiviazione, emessa al termine dell'udienza svoltasi senza che la persona offesa ne fosse tempestivamente avvisata. Correttamente la Corte costituzionale ha rilevato, nella sentenza n. 353 del 1991, come l'emissione *de plano* del provvedimento archiviativo, senza avviso alla persona offesa, concreti una violazione dei diritti di questo soggetto ancora più grave di quella sanzionata con la nullità di cui all'art. 409, 6° comma, c.p.p. Mentre, infatti, in quest'ultimo caso la persona offesa è stata messa, comunque, a conoscenza della decisione assunta dal pubblico ministero, nel caso in cui manchi l'avviso della richiesta d'archiviazione, ad essa è fattualmente interdetta *ab origine* qualsiasi attivazione a tutela dei suoi interessi. La soluzione offerta dalla Corte, per ricondurre entro parametri costituzionalmente accettabili la disciplina in discorso, passa attraverso un procedimento interpretativo che, sfiorando un impossibile ricorso all'analogia (per la tassatività dei mezzi d'impugnazione), estende anche al decreto d'archiviazione, l'ipotesi di nullità prevista per l'ordinanza dall'art. 409, 6° comma, c.p.p., considerato che, in entrambi i casi, la *ratio* della norma ora citata è esattamente quella di tutelare l'offeso contro violazioni del suo diritto al contraddittorio derivanti da un mancato avviso ⁽²⁷⁷⁾. La decisione della Corte costituzionale coinvolge un altro importante profilo di tutela della persona offesa nella fase archiviativa, obliterato dal legislatore. Si fa riferimento al caso in cui il decreto *de plano* venga emesso dal giudice nonostante l'intervenuta opposizione della persona offesa e in mancanza di qualsiasi pronuncia dell'organo giurisdizionale circa l'ammissibilità dell'opposizione medesima. A ben vedere quest'ultima ipotesi risulta sussumibile – al pari di quella esaminata dai giudici della Consulta – sotto la *ratio* più profonda della sanzione processuale prevista dall'art. 409, 6° comma, c.p.p., che è quella di tutelare violazioni del contraddittorio a carico della vittima, sia che esse provengano dall'omissione di atti informativi a vario contenuto, sia che derivino dal comportamento del

⁽²⁷⁷⁾ Per un commento alla sent. n. 353 del 1991 v. L. GIULIANI, *Sul ricorso per Cassazione della persona offesa dal reato contro il decreto di archiviazione*, in *Giur. Cost.*, 1992, 2295; F. UCCELLA, *La persona offesa come soggetto non secondario nel procedimento di archiviazione: brevi «chiose» ad una sentenza riequilibratrice*, in *Giur. It.*, 1992, I, 37.

giudice per le indagini preliminari che trascuri del tutto l'intervenuta opposizione ⁽²⁷⁸⁾.

Anche la regolamentazione codicistica dell'avviso spettante alla persona offesa, a prescindere dal fatto che si sia attivata o meno per contrastare la richiesta del pubblico ministero, ha provocato l'insorgere di dubbi interpretativi, causati dalla lettera «obiettivamente ambigua» ⁽²⁷⁹⁾ dell'art. 410, 3° comma, c.p.p.

Ai sensi della norma in discorso, infatti, «in caso di più persone offese, l'avviso per l'udienza è notificato al solo opponente», il che potrebbe indurre a pensare che, qualora le presunte vittime del reato siano più di una, l'ordinamento desideri favorire la comparizione solo di quante, fra esse, si siano attivate per opporsi alla richiesta d'archiviazione ⁽²⁸⁰⁾.

A ben vedere, però, il dubbio di cui si discute è meno consistente di quanto possa apparire ad un primo sguardo. L'art. 410 c.p.p., in effetti, mira a regolamentare solo ed esclusivamente l'ipotesi in cui sia stata presentata opposizione e il suo 3° comma disciplina, in tale contesto, il caso di più persone offese, alcune delle quali attive, nel procedimento in corso, e altre meno. La scelta codicistica, dinanzi alla teorica possibilità di un'udienza camerale "affollata" da un consistente numero di sedicenti vittime, va nel senso di favorire la comparizione e, quindi, gli apporti gnoseologici di quante tra esse abbiano manifestato un comportamento effettivamente partecipativo, opponendosi alla richiesta del pubblico ministero.

⁽²⁷⁸⁾ In senso analogo cfr. G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 48; V. PINI, *Aspetti problematici dei controlli sull'«inazione»*, in *Giur. It.*, 1994, II, (in corso di pubblicazione); F. RIGO, *Archiviazione, principio del contraddittorio e poteri del g.i.p.*, in *Cass. Pen.*, 1994, 1562. In giurisprudenza, per l'accennata soluzione, v. *Cass.*, Sez. VI, 24 gennaio 1991, Sbordone, in *Cass. Pen.*, 1991, 740; *Id.*, Sez. I, 29 marzo 1994, Lecce ed altri, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1994, 565. Per una questione particolare, concernente il difensore della persona offesa e la sua discussa legittimazione ad impugnare l'ordinanza di archiviazione del g.i.p. v. A. CAMPO, *Sulla legittimazione del difensore della persona offesa a ricorrere per cassazione ex art. 409 comma 6 c.p.p. avverso il provvedimento di archiviazione emesso in violazione del contraddittorio*, in *Cass. Pen.*, 1993, 1495. Interessante anche la sentenza con cui la Suprema Corte ha chiarito come anche qualora il p.m. reiteri la richiesta d'archiviazione dopo l'espletamento delle c.d. indagini coatte, è tenuto a darne avviso alla persona offesa. Cfr. *Cass.*, Sez. VI, 25 agosto 1993, Tomaselli, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1994, 111.

⁽²⁷⁹⁾ Così G. DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 388.

⁽²⁸⁰⁾ Cfr., in proposito, ampiamente, G. DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 388.

Ben diversa da quest'ipotesi è quella in cui nessuna fra le molteplici persone offese abbia contrastato l'intento manifestato dalla pubblica accusa, ma, ciononostante, il giudice delle indagini preliminari dubiti della condivisibilità di questa scelta. L'art. 409, 2° comma, c.p.p. si limita a stabilire che l'avviso della futura udienza deve essere notificato alla persona offesa, senza considerare espressamente – a differenza dell'art. 410, 3° comma, c.p.p. – il caso in cui le vittime del commesso reato siano più d'una. Si tratta, però, in effetti, di una omissione ovvia, stante che l'ordinamento non possiede, in questo caso, un criterio adoperabile a fini selettivi ⁽²⁸¹⁾. L'avviso deve essere notificato a ciascuna delle persone offese e l'“affollamento” dello scenario camerale è inevitabile.

Un cenno è ancora d'obbligo, con riferimento ad una questione “sfiorata” dalla Cassazione ⁽²⁸²⁾ in merito alla possibilità di escludere dall'udienza per l'archiviazione il soggetto cui il giudice ritenga di dover negare la qualifica di offeso dal reato. Atteso che la Suprema corte ha ritenuto inammissibile il ricorso presentato contro il provvedimento d'esclusione, in base tanto al principio di tassatività delle impugnazioni, quanto alla natura non decisoria del provvedimento *de quo*, resta insoluto il quesito attinente alla giuridica possibilità di escludere la persona offesa dall'udienza *ex art. 409 c.p.p.* per mancanza di legittimazione. L'affermazione positiva ⁽²⁸³⁾ viene fondata, in mancanza di norme esplicite, sull'analogia *a maiori ad minus* con l'art. 95 c.p.p., che prevede l'esclusione, d'ufficio o a istanza di parte, dell'ente rappresentativo di interessi lesi dal reato, non dotato dei requisiti richiesti dal codice. Nonostante l'autorevolezza dell'accennato orientamento, sembra opportuno ritenere, invece, che il giudice per le indagini preliminari non sia legittimato a pronunciare l'esclusione della persona offesa nel contesto dell'udienza *ex art. 409 c.p.p.* L'applicazione analogica dell'art. 95 c.p.p. risulta impossibile in quanto l'ipotesi prevista nella norma ora citata e quella concernente l'offeso sono notevolmente diverse: nel primo caso la legge detta precisi requisiti estrinseci discipli-

⁽²⁸¹⁾ In termini analoghi v. G. DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 389.

⁽²⁸²⁾ Cfr. Cass., Sez. V, 4 maggio 1992, Grossi, in *Cass. Pen.*, 1993, 358, 596.

⁽²⁸³⁾ V. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 263; M. PITTON, *Brevi considerazioni*, cit., 599.

nanti la legittimazione degli enti ad assumere il ruolo ad essi spettante nel processo penale, la cui ricorrenza può essere contestata dalle parti o dal giudice. Nel secondo caso, invece, la qualifica di persona offesa è una strettamente dipendente dal tipo di reato commesso e, quindi, dal suo concreto delineamento ad opera del pubblico ministero. Il punto è che, nell'udienza per l'archiviazione si discute circa la sussistenza degli estremi per l'esercizio dell'azione penale e, quindi, tra l'altro, circa l'esattezza del quadro ricostruttivo della fattispecie concreta effettuata dall'organo dell'accusa. Si consideri il caso in cui quest'ultimo abbia ritenuto di dover sussumere il fatto sotto una data ipotesi di reato e non ne abbia, poi, rilevato la ricorrenza, mentre la persona offesa – che tale non sia nel delitto supposto dal pubblico ministero – contesti proprio l'esattezza dell'opera sussuntiva sottostante alla richiesta d'archiviazione. Pare incongruo, in tal caso, escluderla dall'udienza in cui di tutto ciò si discute o dovrebbe discutersi.

Un indice ulteriore della effettiva praticabilità, per la persona offesa, dell'intervento nella fase di controllo sulla richiesta del pubblico ministero, è dato dai requisiti indispensabili affinché l'atto d'opposizione risulti ammissibile. Ai sensi dell'art. 410, 1° comma, c.p.p. l'offeso deve indicare, nell'atto *de quo*, «l'oggetto dell'investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova».

A fronte della norma, sta una situazione concreta dalle molte sfaccettature possibili. Può darsi che il pubblico ministero sia rimasto sostanzialmente inerte dinanzi alla *notitia criminis*; che abbia compiuto ogni indagine possibile, ma neghi l'utilità dei risultati ai fini del rinvio a giudizio *ex art.* 125 disp. att. c.p.p.; e può darsi pure che «neghi rilievo penale all'accaduto»⁽²⁸⁴⁾. Ciascuna delle situazioni descritte dovrebbe implicare una differente argomentazione da parte della persona offesa che intenda opporsi alla richiesta dell'organo dell'accusa: nel primo caso, lamenterà l'inerzia dell'investigante, nel secondo, valuterà in un'ottica differente i risultati investigativi, mentre, nel terzo, sarà indotta a chiarire i motivi in base ai quali ritiene errata la sussunzione normativa operata dal pubblico ministero.

Questo è quanto dovrebbe o potrebbe accadere qualora l'art. 410, 1° comma, c.p.p. non avesse il tenore letterale che ha attualmente. Così

⁽²⁸⁴⁾ Così F. CORDERO, *Procedura*, 1991, cit., p. 404.

come stanno le cose, infatti, non si può non concordare con chi ritiene l'atto d'opposizione ammissibile solo nella misura in cui indichi percorsi investigativi differenti da quelli già realizzati, con i congrui elementi di prova ⁽²⁸⁵⁾. In altre parole, la persona offesa non può richiedere l'intervento del giudice affinché, ad esempio, rivalutando il lavoro compiuto dal pubblico ministero, gli ordini la cosiddetta imputazione coatta. Con un certo sforzo interpretativo si può ritenere ammissibile anche l'opposizione mediante la quale si lamenti la completa inerzia del pubblico ministero, visto che nel concetto di «investigazione suppletiva» si può includere anche l'indagine che «supplisce» ad un lavoro d'indagine mai compiuto.

Rimane, peraltro, la sensazione di una norma che mira a circoscrivere più possibile l'intervento della vittima, nel timore che esso possa incidere eccessivamente sulla fase di controllo gestita dal giudice per le indagini preliminari.

Nei termini sinora accennati e con gli opportuni chiarimenti interpretativi della Corte costituzionale ⁽²⁸⁶⁾, è possibile ritenere che le norme del codice garantiscano in modo sufficientemente ampio la possibilità d'intervento della vittima nel contesto della fase di controllo sulla richiesta d'archiviazione.

Le cose stanno, però, in modo diverso qualora si consideri l'ipotesi in cui il pubblico ministero chieda l'archiviazione del procedimento ai sensi dell'art. 415 c.p.p., ovvero per essere ignoti gli autori del reato. Una recente sentenza della Suprema Corte conduce ad escludere che la persona offesa possieda prerogative analoghe a quelle che le spettano nell'ordinario procedimento d'archiviazione e quindi, in particolare, la facoltà d'ottenere avviso della richiesta presentata dal pubblico ministero, il diritto di fare opposizione, *et coetera* ⁽²⁸⁷⁾.

La Corte dà, in altre parole, per scontato che nel caso in cui l'organo dell'accusa intenda archiviare poiché le investigazioni compiute non hanno portato all'identificazione di un possibile autore del delitto, la

⁽²⁸⁵⁾ Cfr. G. DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 390. *Contra* v. però F. CORDERO, *Procedura*, cit., 1991, p. 404.

⁽²⁸⁶⁾ Cfr. Corte cost., sent. n. 353 del 1991, cit.

⁽²⁸⁷⁾ V., in questi termini, Cass., Sez. V, 15 gennaio 1993, IMI, in *Cass. Pen.*, 1994, 953, 1559.

persona offesa risulta sprovvista di qualsiasi strumento utile a contrastare la richiesta del pubblico ministero.

Si tratta, però, di un assunto insostenibile, particolarmente alla luce delle affermazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale ⁽²⁸⁸⁾ che ha concesso al giudice per le indagini preliminari la *chances* di indicare al pubblico ministero ulteriori indagini, quale "via mediana" nella secca alternativa codicistica fra il decreto d'archiviazione e l'ordine d'iscrivere il nome del presunto autore nel registro delle notizie di reato (art. 415, 2° comma, c.p.p.). In quella sede il giudice di legittimità ha chiarito come la disciplina della fattispecie ordinaria d'archiviazione debba applicarsi a quella regolata dall'art. 415 c.p.p. tutte le volte in cui essa non appaia incompatibile con la specificità di un procedimento avente a proprio oggetto un reato commesso da persone ignote.

Logicamente inapplicabile all'archiviazione *ex art. 415 c.p.p.* è il provvedimento d'imputazione coatta – argomenta il giudice costituzionale – visto che non esiste, nel procedimento *de quo*, un possibile imputato; non così, però, per l'ordinanza d'indagini coatte, che si risolve in un mero "ordine" d'investigare meglio o in altre direzioni, a prescindere dal fatto che sia o meno individuato un soggetto su cui possano concentrarsi gli sforzi dell'organo inquirente.

Considerazioni analoghe valgono per un possibile intervento della persona offesa che intenda opporsi alla richiesta d'archiviazione del pubblico ministero. Il fatto che l'autore del reato sia ignoto non implica in alcun modo che la vittima si disinteressi per l'eventuale esito archiviativo delle indagini affidate al pubblico ministero, per non parlare, poi, del fatto che proprio la natura "nebulosa" dell'ipotesi disciplinata dall'art. 415 c.p.p. dovrebbe indurre a considerare gli apporti conoscitivi della persona offesa come un possibile ausilio per la funzione di controllo affidata al giudice per le indagini preliminari ⁽²⁸⁹⁾.

⁽²⁸⁸⁾ Corte cost., sent. n. 409 del 1990.

⁽²⁸⁹⁾ In senso analogo v. F. RIGO, *Archiviazione*, cit., 1567.

15. I controlli interni alla struttura del pubblico ministero: l'avocazione

In linea teorica, l'iniziativa indirizzata a provocare una forma di controllo sull'operato del pubblico ministero in merito all'azione penale, può risultare affidata ad una pluralità di soggetti differenti, in modo esclusivo, concorrente o alternativo.

Nel ventaglio delle soluzioni possibili rientrano la persona offesa, di *quibus de populo*, senza ulteriori specificazioni, lo stesso pubblico ministero, cui sia interdetto lo svolgimento di ulteriori passi procedurali senza la provocazione di quel controllo, ovvero, infine, il giudice *ex se*.

La scelta legislativa, invece, risulta assai più limitata, quanto all'identità del controllore. Due le alternative conosciute nei sistemi processuali concreti: che il controllo sia "esterno", in quanto affidato ad un organo terzo rispetto agli interessi in causa, oppure "interno", riservato, cioè, al superiore del pubblico ministero procedente.

Il legislatore del 1988 ha evitato l'opzione diretta tra i due sistemi, configurando il vaglio sull'esercizio dell'azione penale quale compito spettante – benché in tempi e modi assai diversi – tanto al giudice, quanto al Procuratore generale presso la Corte d'appello.

Non si tratta di una formula originale; già nel codice Rocco, una volta novellato – ad opera del D.Lgs.Lt. 14 settembre 1944, n. 288 – l'art. 74, convivevano due forme di controllo sull'operato del pubblico ministero in merito all'esercizio dell'azione: quella affidata, appunto dall'art. 74, 3° comma, c.p.p. 1930, al giudice istruttore e quella risultante dal generico potere di avocazione delle indagini attribuito al Procuratore generale dall'art. 392, 3° comma, dello stesso codice.

Per la verità, nella norma ora citata il potere di avocazione non era funzionalizzato alla verifica della regolarità di comportamento del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione. Anzi, una dottrina fortemente critica nei confronti dell'istituto si faceva carico di sottolineare come quel potere fosse strumento buono per tutti i fini ed idoneo, per sua natura, ad ammantare di legalità anche le operazioni rispetto ad essa maggiormente divergenti⁽²⁹⁰⁾. Nondimeno, proprio l'estrema generi-

⁽²⁹⁰⁾ V. sul punto M. SCAPARONE, voce *Pubblico ministero*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 1108. Per un quadro dell'istituto-avocazione nel codice Rocco v. pure R. BERTONI, voce *Avocazione*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 1; L. CARLI,

cià del potere di avocazione, così come configurato dall'art. 392 c.p.p. 1930, autorizzava l'interprete a leggerlo quale luogo di emersione normativa di un possibile controllo del Procuratore generale sull'organo procedente, finalizzato ad una differente *gestio* dell'alternativa tra agire e archiviare.

Il cammino evolutivo dell'avocazione verso una forma che la costruisce quale specifica fattispecie di controllo sull'esercizio dell'azione penale, è già evidente nella Legge delega del 1974, e, ancor più, nel corrispondente Progetto preliminare, datato 1978, il cui art. 384 collega l'insorgere, nel Procuratore generale, del potere di avocare le indagini preliminari, al fatto che l'organo procedente non abbia agito né archiviato entro trenta giorni dalla *notitia criminis* ⁽²⁹¹⁾.

Nel codice vigente, a quell'unica forma "interna" di controllo sull'esercizio dell'azione, regolata dall'art. 412, 1° comma, c.p.p., si è aggiunta ⁽²⁹²⁾ una seconda ipotesi, costituita dalla possibile avocazione del Procuratore generale, nel caso in cui questi sia stato avvisato dal giudice per le indagini preliminari dell'imminente udienza per il controllo sull'archiviazione richiesta dal pubblico ministero procedente (art. 412, 2° comma, c.p.p.).

Si tratta, senza dubbio, di una fattispecie notevolmente più complessa dell'avocazione prevista dal 1° comma dell'art. 412 c.p.p. Mentre, infatti, quest'ultima norma collega l'insorgere del potere-dovere di avocazione ad un'inerzia del pubblico ministero evidenziata dall'inutile scadenza dei termini apposti alle indagini, nel caso previsto dal com-

L'avocazione dell'istruzione sommaria come residuo di concezioni tramontate, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1976, 1133; M. PETRONE, *Lineamenti di una riforma del pubblico ministero*, in *Cass. Pen.*, 1985, 780; M.C. RUSSO, *L'avocazione del procuratore generale*, in *Ind. Pen.*, 1989, 63; Gius. SABATINI, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, I, Napoli, 1943, pp. 158 e 217.

⁽²⁹¹⁾ Sull'avocazione nella Legge delega del 1974 e nel Progetto preliminare del 1978 v. G. GALLI, *Il pubblico ministero nella prospettiva del nuovo codice*, cit., p. 163; M.C. RUSSO, *L'avocazione*, cit., 132.

⁽²⁹²⁾ Questa seconda ipotesi di avocazione, funzionalizzata al controllo sull'esercizio dell'azione penale, è stata introdotta dal legislatore solo nel progetto definitivo del codice, dietro sollecitazione di una dottrina attenta a rendere effettivo il controllo interno alla struttura del p.m. e, quindi, non necessariamente limitato all'eclatante ipotesi di inerzia qualificata dalla scadenza dei termini. V., in tal senso, G. CONSO, *È in corso il dibattito sul progetto preliminare del 1988*, in *Giust. Pen.*, 1988, I, 292; V. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale*, cit., 365.

binato disposto degli artt. 412, 2° comma, e 409, 3° comma, c.p.p., manca un comportamento dell'organo procedente che si qualifichi come illegittimo *icto oculi*.

In effetti, la fissazione dell'udienza *ex art.* 409 c.p.p. ad opera del giudice per le indagini preliminari, non implica indiscutibilmente che la richiesta d'archiviazione sia sfornita dei presupposti che la legittimano. Anzi, proprio l'udienza in discorso è voluta dal legislatore come luogo di un chiarimento, realizzato nel contraddittorio delle parti, circa l'effettiva sussistenza delle condizioni giustificanti l'archiviazione. Men che meno, poi, può essere considerato quale indice di sicura irregolarità dell'archiviazione richiesta, la fissazione dell'udienza che avvenga, non dietro impulso del giudice per le indagini preliminari, ma in seguito all'opposizione della persona offesa (art. 410 c.p.p.).

L'art. 412, 2° comma, c.p.p. ricollega, però, l'insorgere del potere di avocazione al mero avviso del giudice al Procuratore generale circa la data dell'udienza in camera di consiglio. Di qui la necessità di definire quali siano, in concreto, le situazioni in grado di legittimare l'avocazione.

Che la fattispecie sia stata introdotta dal legislatore delegato per consentire al Procuratore generale un vaglio più elastico ed approfondito sul comportamento del pubblico ministero procedente, rispetto a quello connesso all'ipotesi "scolastica" ⁽²⁹³⁾ dell'inerzia qualificata dalla scadenza dei termini d'indagine, è evidente.

Altrettanto chiaro, però, è che la valutazione "discrezionale" ⁽²⁹⁴⁾ del Procuratore debba essere ancorata ad un qualche parametro che eviti di trasformare la forma di avocazione *de qua*, in un provvedimento tendenzialmente arbitrario.

Proprio per questo motivo sembra impossibile condividere l'orien-

⁽²⁹³⁾ L'espressione è di L. D'AMBROSIO, *Art. 372*, in *Commento*, cit., IV, 1990, p. 313.

⁽²⁹⁴⁾ Sottolineano, benché in termini differenti, l'elasticità decisionale attribuita al p.g. nell'ipotesi d'avocazione costruita dall'art. 412, 2° comma, c.p.p., A. BERNARDI, *Artt. 412-413*, in *Commento*, cit., IV, p. 552; A.A. DALIA, *Il problema del coordinamento, dei collegamenti e dei controlli nell'esercizio della funzione d'accusa*, in *Accusa penale*, cit., p. 104; L. D'AMBROSIO, *Art. 372*, cit., p. 313; G. DEAN e A.V. SEGHETTI, voce *Avocazione delle indagini preliminari*, in *Dig. It., Discipline penalistiche*, VI, Torino, 1992, p. 475; G.P. VOENA, *Appunti sulle funzioni del procuratore generale presso la corte d'appello*, in *Accusa penale*, cit., p. 313.

tamento dottrinale che identifica unicamente nell'intervenuta archiviazione, ad opera del giudice, ovvero nell'atto d'esercizio dell'azione penale, i confini "logici" del potere di avocazione ⁽²⁹⁵⁾. Indubbio che tali eventi, pur se collocati in un momento successivo alla scadenza del termine imposto al lavoro investigativo, si traducano in un limite fattuale per il provvedimento d'avocazione, in quanto lo privano del suo "naturale" oggetto, ovvero l'indagine ormai chiusa. Ma è anche vero che la legittimità del provvedimento in discorso risulta condizionata dalla ricorrenza di limiti ulteriori, derivanti dalla funzionalità attribuita dal legislatore all'avocazione in generale, e alle fattispecie previste dall'art. 412 c.p.p., in particolare.

La dottrina è univoca ⁽²⁹⁶⁾ nel leggere le varie ipotesi di avocazione del Procuratore generale previste dal codice, come tutte collegate, in maniera più o meno immediata, a quella situazione d'inerzia che è stata voluta dal legislatore delegante quale unico fondamento del potere avocativo nel nuovo codice di procedura penale (art. 2, n. 42, Legge delega del 1987).

Tanto nei casi di avocazione previsti dall'art. 372 e 412, 1° comma, c.p.p., come pure quelli introdotti, con due differenti novelle ⁽²⁹⁷⁾, nel comma 1 *bis* dell'art. 372 e nell'art. 371 *bis*, 2° comma, lett. h), c.p.p., il motivo che induce l'intervento del Procuratore generale è sempre una situazione d'inerzia, colposa o incolpevole, semplice ovvero qualificata dal mancato coordinamento delle indagini collegate di cui all'art. 371 c.p.p. ⁽²⁹⁸⁾.

⁽²⁹⁵⁾ In tal senso v. G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 39.

⁽²⁹⁶⁾ Cfr., ad esempio, A. BERNARDI, *Artt. 412-413*, cit., p. 552; R. BERTONI, voce *Avocazione*, cit., p. 5; A.A. DALIA, *Il problema del coordinamento*, cit., p. 103; L. D'AMBROSIO, *Art. 372*, cit., p. 309; G. DEAN e A.V. SEGNETTI, voce *Avocazione*, cit., p. 478; V. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale*, cit., 365; M.C. RUSSO, *L'avocazione*, cit., 136; G. SALVI, *Primi problemi interpretativi su assetto e competenze degli uffici del pubblico ministero*, in *Quest. Giust.*, 1989, 601; A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 276; G.P. VOENA, *Appunti sulle funzioni*, cit., p. 313;

⁽²⁹⁷⁾ Si tratta, rispettivamente, del D.L. 9 settembre 1991, n. 292 e del D.L. 20 novembre 1991, n. 367.

⁽²⁹⁸⁾ Riferiscono il presupposto dell'inerzia anche alle fattispecie introdotte con gli artt. 371 *bis* e 372, comma 1 *bis*, c.p.p., G. SALVI, *Funzioni e poteri del procuratore nazionale antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1079; S. PANAGIA, *Indipendenza del pubblico ministero e superprocura: alcune riflessioni sul tema*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, 1073; A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 281.

Questa precisa coloritura dell'avocazione, rispettata anche con la novella del codice e presente, come si è visto, già nella Legge delega del 1974, è frutto dell'evidente volontà di circoscrivere l'uso di un istituto, le cui potenzialità espansive avevano suscitato veementi critiche sotto la vigenza del codice Rocco ⁽²⁹⁹⁾.

Tanto basta ad escludere che il legislatore possa aver deviato, nell'isolato contesto dell'art. 412, 2° comma, c.p.p., da un disegno così pervicacemente perseguito.

Una volta chiaro come pure la norma in discorso debba essere interpretata alla luce del comune presupposto dell'avocazione, rappresentato dall'inerzia del pubblico ministero procedente, resta da chiedersi *quale tipo* d'inattività renda legittimo l'esercizio del peculiare potere avocativo attribuito al Procuratore generale.

Impossibile concordare con chi ricollega l'avocazione *ex art.* 412, 2° comma, c.p.p., al solo inadempimento dei compiti imposti dal giudice al pubblico ministero con il provvedimento d'indagini coatte ⁽³⁰⁰⁾; come pure con l'idea di consentire l'avocazione, oltre che nel caso in cui l'organo procedente non ottemperi all'ordine d'indagare, anche nell'ipotesi di una carenza investigativa obbiettivamente verificabile, e preesistente alla richiesta d'archiviazione ⁽³⁰¹⁾.

Entrambe le interpretazioni, evidentemente motivate dall'intento di ancorare a parametri facilmente verificabili l'esercizio del potere di avocazione, peccano per una eccessiva ristrettezza, che finisce col rendere poco elastico e, quindi, poco utile l'istituto.

La realtà è, per forza di cose, ricca di sfumature insuscettibili di rientrare nella casuistica della norma e di ciò è chiaramente consapevole lo stesso legislatore delegato che, pur sempre muovendosi nell'area

⁽²⁹⁹⁾ V. chiaramente in tal senso L. D'AMBROSIO, *Art. 372*, cit., p. 305.

⁽³⁰⁰⁾ Così A. BERNARDI, *Artt. 412-413*, cit., p. 553.

⁽³⁰¹⁾ In questi termini A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 279, sottolineando come «...una volta investito dalla richiesta del pubblico ministero, il giudice per le indagini preliminari deve pronunciarsi e, così come il pubblico ministero non potrebbe più revocare la sua richiesta, il procuratore generale non potrebbe con il suo intervento ottenere lo stesso effetto sottraendo al giudice la sua competenza funzionale. Diversa è l'ipotesi in cui la richiesta di archiviazione mascheri l'inerzia investigativa del pubblico ministero. In questo caso infatti la devoluzione al giudice per le indagini preliminari sarebbe inevitabilmente destinata ad avere una rilevanza puramente formale».

definitoria del concetto di inerzia imposto dal delegante, lo ha "concretizzato" in fattispecie, a ben vedere, fuoriuscenti dall'idea di inerzia in senso stretto, peraltro, prive di collegamento logico con essa.

Così, quanto alle forme di avocazione *ex art.* 372 c.p.p., esse appaiono ricollegate ad ipotesi concrete delle quali solo una (art. 372, 1° comma, lett. b, c.p.p.: omessa sostituzione del magistrato indagante in presenza di una causa di astensione) è qualificabile come inadempimento vero e proprio di un dovere funzionale gravante sul capo dell'ufficio ⁽³⁰²⁾. Delle due restanti tipologie avocative, quella collegata all'impossibilità di sostituire tempestivamente il magistrato colpito da una causa d'astensione o d'incompatibilità (art. 372, 1° comma, lett. a, c.p.p.) pare inquadrabile, più che in una situazione d'inerzia, in una ipotesi di "stallo" procedimentale ⁽³⁰³⁾; mentre nel caso regolato dal nuovo comma 1 *bis* dell'art. 372 c.p.p., l'avocazione si rende necessaria allorché «non risulti effettivo il coordinamento» richiesto da indagini collegate, dizione normativa chiaramente idonea a ricomprendere tanto l'ipotesi in cui i magistrati precedenti abbiano omesso ogni attività coordinata, quanto l'ipotesi in cui, pur avendo operato in tal senso, non siano riusciti ad ottenere lo scopo previsto.

Nulla impedisce, dunque, di pensare che l'avocazione regolata dall'art. 412, 2° comma, c.p.p. possa aver luogo anche quando *manchi* un comportamento del magistrato che ha richiesto l'archiviazione, qualificabile in termini di vera e propria inerzia, ma, ciononostante, il Procuratore generale giudichi la sua attività divergente da una retta conduzione del lavoro indagante, ritenendo che un altro "taglio operativo" avrebbe potuto condurre le indagini a differente conclusione ⁽³⁰⁴⁾.

⁽³⁰²⁾ Cfr. sul punto A.A. DALIA, *Il problema del coordinamento*, cit., p. 105; L. D'AMBROSIO, *Art. 372*, cit., p. 322; E. DI NICOLA, *Art. 51*, in *Commento*, cit., I, p. 263.

⁽³⁰³⁾ C'è chi considera il fenomeno quale forma di «inerzia incolpevole». In questi termini v. L. D'AMBROSIO, *Art. 372*, cit., p. 320.

⁽³⁰⁴⁾ Che è quanto, del resto, afferma la Corte costituzionale, interrogata sulla legittimità dell'art. 412, 2° comma, c.p.p. Nella sent. n. 253 del 1991 la Corte ha, infatti, avuto modo di precisare come «l'intervento sostitutivo del Procuratore generale previsto dalla norma denunciata non è in sé destinato a "modificare" le conclusioni del Pubblico Ministero o a surrogare una obiettiva inerzia in ordine alle scelte sull'azione ovvero, ancora, a dirimere patologiche... situazioni di stallo, ma unicamente a consentire ad un diverso ufficio del medesimo organo di apprezzare se in concreto

Riassumendo, il potere di avocazione previsto dall'art. 412, 2° comma, c.p.p. sarà legittimamente esercitabile:

- 1) anzitutto nel caso in cui il pubblico ministero procedente abbia richiesto l'archiviazione senza aver condotto le indagini idonee a fondare quel provvedimento;
- 2) nell'ipotesi in cui, pur mancando una condotta qualificabile come vera e propria inerzia investigativa, abbia operato in modo non congruente rispetto allo scopo, per aver, ad esempio, trascurato attività d'indagine che il Procuratore generale ritenga, invece, opportune;
- 3) e, infine, allorquando il pubblico ministero abbia omesso di eseguire – formalmente o sostanzialmente – il provvedimento d'indagini coatte emesso dal giudice al termine dell'udienza di cui all'art. 409 c.p.p.

La differenza tra le fattispecie concrete presupposte dalle due forme d'avocazione di cui all'art. 412 c.p.p. ha condotto ad una diversa formula normativa in materia di termini apposti alle indagini avocate. Mentre, infatti, il 1° comma dell'art. 412 impone al Procuratore generale un tempo massimo di trenta giorni dall'avocazione per indagare e poi compiere le scelte conseguenti sull'alternativa tra azione e archiviazione, il 2° comma rimane del tutto silente sul punto in esame. Si tratta, a ben vedere, di un ovvio corollario del tipo di avocazione ivi descritto, in quanto non logicamente collegata all'inutile scadenza dei termini apposti all'indagine, bensì solo all'avviso concernente l'udienza per l'archiviazione. In altre parole, è possibile che l'originario inquirente avesse a propria disposizione ancora una certa quantità di tempo, nel momento in cui si è deciso per l'esito archiviativo. Ora, posto che i termini *ex artt.* 405 e 406 c.p.p. aderiscono alle indagini e non al singolo indagante, come persona fisica, è chiaro che il tempo residuo coinci-

l'attività d'indagine sia stata o meno esauriente ai fini che sono istituzionalmente imposti al Pubblico Ministero». Sembra peraltro il caso di aggiungere come l'orientamento della Corte costituzionale risulta difficilmente condivisibile laddove nega che l'intervento avocativo possa essere indirizzato a surrogare l'inerzia del p.m. procedente. Se è vero, infatti, che l'avocazione *ex art.* 412, 2° comma, c.p.p. è ancorata ad una fattispecie in grado di estendersi a comprendere anche situazioni non riconducibili all'inerzia in senso stretto, non si vede per qual motivo tale fattispecie debba invece escludere ipotesi definibili come propriamente inerziali. Il più contiene, per sua natura, anche il meno.

derà con quello a disposizione del Procuratore generale per gestire le investigazioni avocate. Nulla impedisce, poi, ovviamente che l'organo in discorso decida di chiedere una proroga, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 406 c.p.p.

Del tutto aliena dal sistema, viceversa, è la prospettiva adombrata in un recente provvedimento giudiziale che ha dichiarato utilizzabili gli atti d'indagine compiuti dal Procuratore generale ben oltre la data di originaria scadenza delle indagini avocate, in quanto il silenzio serbato sul punto dall'art. 412, 2° comma, c.p.p. andrebbe interpretato come rinvio tacito al generale termine di sei mesi previsto dall'art. 405 c.p.p. ⁽³⁰⁵⁾.

Una simile interpretazione risulta, a ben vedere, assolutamente inconciliabile con la disciplina dettata dal 1° comma dell'art. 412: non si comprende, infatti, dove risiederebbe la logica di un sistema che confina entro un termine di trenta giorni le indagini avocate a causa della scadenza dei tempi originari, mentre concede ben sei mesi al Procuratore generale che avochi un'investigazione potenzialmente rispettosa dei termini di legge.

Si consideri ancora come l'inerzia investigativa postulata dal provvedimento d'avocazione di cui all'art. 412, 1° comma, è una ben più grave, di quella (sempre potenzialmente) nascosta dietro la richiesta di archiviazione dell'originario indagante. O per meglio dire, l'inerzia risiede, nel primo caso, *in re ipsa*, mentre, nel secondo caso, è tutta da dimostrare.

Un'ultima considerazione sul tema: è ricorrente, in dottrina, l'idea che l'avocazione prevista dal 1° comma dell'art. 412 c.p.p. sia "obbligatoria", a differenza della forma di cui al 2° comma della stessa norma, definita in termini di potere "discrezionale" o "facoltà" ⁽³⁰⁶⁾.

A ben vedere, la questione è mal posta: in entrambi i casi, infatti, l'avocazione diventa "obbligatoria" per il Procuratore generale dal momento in cui appare chiara la sussistenza dei relativi presupposti.

⁽³⁰⁵⁾ Cfr. G.i.p. Trib. Massa, 24 novembre 1994, Gabrielli ed altri (inedita).

⁽³⁰⁶⁾ Cfr. sostanzialmente nel primo senso A. BERNARDI, *Artt. 412-413*, cit., p. 551; G.P. VOENA, *Appunti sulle funzioni*, cit., p. 313. Identica la posizione manifestata in proposito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 253 del 1991, cit., che ha esplicitamente dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 412, 2° comma, c.p.p., negando che l'avocazione ivi prevista possa considerarsi doverosa. Nel secondo senso v. G. DEAN e A.V. SEGNETTI, voce *Avocazione*, cit., p. 479.

Un diverso orientamento conduce all'assurda conseguenza di ritenere il Procuratore libero di scegliere se avocare le indagini o meno, *nonostante* risulti magari già accertata la necessità dell'avocazione prevista dal 2° comma dell'art. 412 c.p.p.

L'assunto non è inficiato dal fatto che la norma in parola descriva la fattispecie servendosi del verbo "potere" («il procuratore generale *può* altresì disporre l'avocazione...»): in quel contesto, il verbo vale a descrivere non una mera "facoltà" bensì una situazione chiaramente più ricca di elementi valutativi (e, quindi, "discrezionali") rispetto a quella contemplata dal primo comma del medesimo articolo. La cosa diventa chiara solo che si provi a sostituire l'espressione adoperata dal legislatore con uno di quei verbi all'indicativo che – come noto ⁽³⁰⁷⁾ – costituiscono per i funzionari pubblici soggetti del processo, l'equivalente di una formulazione in termini di dovere. Risultante della sostituzione in discorso (es.: «il procuratore generale *dispone* altresì l'avocazione a seguito della comunicazione prevista dall'art. 409 comma 3») sarebbe una norma che costringe il Procuratore generale ad avocare *non appena* gli giunga notizia dell'imminente udienza per l'archiviazione, a prescindere dal fatto che ve ne sia necessità o meno.

A ciò può aggiungersi che, come è stato efficacemente notato, «i soggetti processuali vedono le loro situazioni di potere e di dovere prefigurate in schemi tipici, fuori dai quali sconfinerebbero nell'arbitrio» ⁽³⁰⁸⁾ tanto più che il potere di avocazione è concesso dal legislatore a scopo di tutela della funzionalità del processo in generale e del principio di obbligatorietà *ex art. 112 Cost.*, in particolare ⁽³⁰⁹⁾.

⁽³⁰⁷⁾ Cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, cit., p. 104.

⁽³⁰⁸⁾ In tal senso A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, ediz. 1979, cit., p. 23.

⁽³⁰⁹⁾ Cfr., in senso analogo, L. D'AMBROSIO, *Art. 372*, cit., p. 306; E. DI NICOLA, *Art. 51*, cit., p. 264; M.C. RUSSO, *L'avocazione*, cit., 139. Già sotto la vigenza del codice Rocco la dottrina notava che, in virtù dell'indifferenziata dizione dell'art. 112 Cost., obbligato al rispetto del principio di obbligatorietà è non solo l'organo inquirente, ma il p.m. in astratto, ivi compreso, quindi, il Procuratore generale presso la Corte d'appello, in questo caso nella sua funzione di organo controllante la regolarità delle investigazioni sfociate nella richiesta d'archiviazione. V. in proposito R. BERTONI, voce *Avocazione*, cit., p. 2. Anche la Corte costituzionale, con ord. n. 253 del 1991 e n. 182 del 1992 ha sottolineato come il Procuratore generale che abbia avvocato le investigazioni *ex art. 412, 2° comma, c.p.p.*, sia obbligato al compimento delle indagini segnalate dal g.i.p. con il relativo provvedimento.

Nell'ottica ora enunciata tanto più grave risulta la lacuna – opportunamente messa in rilievo dalla dottrina ⁽³¹⁰⁾ – derivante dal fatto che nessun rimedio è previsto, a livello di “controllo interno”, per il caso in cui il pubblico ministero agisca nonostante la ricorrenza dei presupposti che avrebbero reso doverosa l'archiviazione, non solo coinvolgendo immotivatamente nel processo penale il cittadino, ma, a tacer d'altro, provocando quel fattivo dispregio del principio di obbligatorietà in cui si traduce il cd. “esercizio apparente dell'azione penale”.

Mentre l'udienza preliminare configura una forma di controllo sull'azione esercitata, di carattere “esterno” e, quindi, affidata alla *iurisdictio*, al Procuratore generale risulta preclusa qualsiasi forma d'intervento avocativo in materia di azione penale, svincolato dal duplice presupposto della scadenza dei termini per le indagini, ovvero della richiesta d'archiviazione non condivisa dal giudice o dalla persona offesa.

Che sia impossibile una forma d'avocazione speculare a quella regolata dall'art. 412, 2° comma, c.p.p. e, quindi, collegata ad un ipotetico avviso del giudice circa la data dell'udienza preliminare, è chiaro. Si consentirebbe, infatti, in tal modo, al Procuratore generale d'interferire con l'azione penale già esercitata, consentendogli di ritrattarla, per di più in aperta polemica col rappresentante del pubblico ministero precedente. Ma non si vede per qual motivo debba essere inconfigurabile l'idea di una forma d'avocazione diversa e collegata a presupposti variamente tipizzabili, come, ad esempio, una gestione delle indagini preliminari meramente dilatoria o sfornita di risultati investigativi concreti, come quella che tanto spesso precede rinvii a giudizio disastrosi per le sorti dibattimentali dell'accusa. L'intervento del Procuratore generale potrebbe aver luogo dietro impulso/atto informativo dell'indagato o della persona offesa, il cui ruolo appare oggi compreso nell'art. 413 c.p.p., norma pressoché inutile, visto che l'avocazione richiesta dai due soggetti in discorso (quella collegata al mancato rispetto dei termini per le indagini) è comunque obbligatoria per il Procuratore generale ⁽³¹¹⁾.

L'avocazione costruita quale provvedimento adeguatamente moti-

⁽³¹⁰⁾ Sul punto v. A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 280.

⁽³¹¹⁾ Per questa opinione v. A. BERNARDI, *Artt. 412-413*, cit., p. 553. In senso opposto v. M.C. RUSSO, *L'avocazione*, cit., 143.

vato e, magari, ricorribile in Cassazione, potrebbe forse essere idonea a risolvere almeno in parte i problemi suscitati da un'udienza preliminare, rivelatasi scarsamente efficace nella sua funzione di controllo dell'azione esercitata.

In linea teorica, laddove fosse possibile dimostrare la persistenza del principio gerarchico quale modulo organizzativo reggente l'ordinamento del pubblico ministero e si potesse altrettanto efficacemente dimostrare che l'avocazione rientri a pieno titolo tra i poteri *tipici* dell'ufficio sovraordinato, la disciplina suesposta cesserebbe di essere una mera proposta *de iure condendo*, per diventare ipotesi interpretativa già concepibile *de iure condito*.

Il problema è che, anzitutto, allo stato, non esiste possibilità di chiarire quale sia il principio regolante l'ordinamento del pubblico ministero, data la convergenza sul tema di norme codicistiche e ordinamentali che depongono tanto a favore quanto contro l'ipotesi di una struttura del pubblico ministero gerarchicamente organizzata.

Senza voler entrare a pieno nel merito di una questione che affanna da lungo tempo gli interpreti senza risultati utili ⁽³¹²⁾ – cosa che non meraviglia data l'insussistenza di un disegno legislativo organico che

⁽³¹²⁾ Sull'argomento v. ad esempio, in prospettiva più e meno recente, R. BERTONI, voce *Avocazione*, cit., p. 2; D. CARCANO, *Rapporti tra procuratore della Repubblica e sostituto designato per la trattazione del procedimento*, in *Cass. Pen.*, 1993, 532; F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 173 e ss.; L. D'AMBROSIO, *Art. 372*, cit., p. 307; G. DEAN e A.V. SEGNETTI, voce *Avocazione*, cit., p. 480; U. DINACCI, *Prospettive sistematiche*, cit., p. 125 e ss.; O. DOMINIONI, *Per un collegamento fra ministro della giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero*, cit., p. 46; G. FOSCHINI, *Ministro della Giustizia e Pubblico Ministero nella nuova Costituzione*, in *Arch. Pen.*, 1948, I, 261; A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione*, in *Accusa penale*, cit., p. 11; ID., *Organizzazione e funzionamento del pubblico ministero*, in *Rass. Giur. Umbra*, 1994, 264; D. MARAFIOTI, *Riflessioni su ordinamento giudiziario e nuovo processo penale*, in *il giusto processo*, 1989, n. 3, 47; L. MARAFIOTI, *Il coordinamento «spontaneo» tra diversi uffici del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 1075; M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero*, cit., p. 89; M. PETRONE, *Lineamenti di una riforma*, cit., 780; A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero*, cit., p. 30; M.C. RUSSO, *L'avocazione*, cit., p. 77; Gius. SABATINI, *Il pubblico ministero*, cit., I, p. 158; G. SALVI, *Primi problemi interpretativi*, cit., 604; M. SCAPARONE, *Sul potere del procuratore generale di dare ordini al procuratore della Repubblica*, in *Giur. It.*, 1979, II, 460; G.P. VOENA, *Appunti sulle funzioni del Procuratore generale*, cit., *passim*.

informi le norme relative – sembra sufficiente notare come un utile spunto possa essere tratto dalle elaborazioni della teoria amministrativistica in materia di principio gerarchico. All'interno di quel settore d'indagine, infatti, una dottrina reduce, anch'essa, da estenuanti vicissitudini interpretative – aggravate, se non provocate, dalla contraddittorietà dei contributi legislativi sul tema ⁽³¹³⁾ – si serve di uno schema definitorio che individua la persistenza del modello gerarchico laddove la norma attribuisca genericamente una data competenza, individuando al vertice dell'organizzazione «un ufficio che è, in uno, responsabile dell'attività della struttura e punto d'imputazione dei singoli atti» ⁽³¹⁴⁾.

In altre parole, determinanti al fine di constatare la sussistenza o meno del principio gerarchico diventano non tanto i singoli poteri di cui l'organo vertice disponga nei confronti dei subordinati, quanto piuttosto l'accentramento della rappresentanza verso l'esterno e, soprattutto, responsabilità, in capo al medesimo organo vertice ⁽³¹⁵⁾.

Dalla responsabilità deriva, poi, come passo necessitato, l'attribuzione al superiore gerarchico di poteri, variamente individuati negli orientamenti dottrinali ⁽³¹⁶⁾, che lo mettano in grado di “governare” il settore di competenze del quale è appunto responsabile.

Alla luce di questa ricostruzione, sembra di poter affermare con una certa tranquillità che, nella struttura del pubblico ministero, manchi

⁽³¹³⁾ Su questo specifico aspetto del problema v. L. ARCIDIACONO, *La gerarchia nelle recenti leggi di riforma dell'amministrazione*, in *Jus*, 1975, 45.

⁽³¹⁴⁾ In questi termini L. ARCIDIACONO, voce *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, XV, 1989, 2. Sul concetto di gerarchia nel diritto amministrativo è proficua, inoltre, la lettura di A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, p. 929; A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 291; L.M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in *Trattato di Diritto Amministrativo Italiano*, cit., I, 1900, p. 295; G. MARONGIU, voce *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 616; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., I, p. 239; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2ª ed., 1989, p. 81; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 7ª ed., 1954, p. 146.

⁽³¹⁵⁾ Per questa ricostruzione v. pure, con notevole efficacia, G. MARONGIU, voce *Gerarchia amministrativa*, cit., p. 621.

⁽³¹⁶⁾ In merito ai poteri tipicamente affidati al superiore gerarchico la dottrina è piuttosto discorde. Sull'argomento, in senso estremamente critico nei confronti degli orientamenti all'epoca dominanti, v. A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, cit., p. 51 e ss.

del tutto un organo-vertice (o più organi-vertice) giuridicamente e/o politicamente responsabili dell'andamento della funzione d'accusa nel suo complesso ⁽³¹⁷⁾.

Esistono, bensì, una serie di poteri, affidati al Procuratore generale presso la Corte d'appello, teoricamente inquadrabili nell'ottica del principio gerarchico: ad esempio, poteri decisorii sulle questioni di competenza (artt. 54 e 54 *bis* c.p.p.) e ablatori della competenza (artt. 53, 3° comma, 372 e 412 c.p.p.), poteri di coordinamento (artt. 118 *bis* disp. att. c.p.p.), e di controllo (art. 30 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449; art. 412 c.p.p.).

Nessuno di essi risulta però collegato ad una responsabilità esterna del Procuratore generale sulle attribuzioni conferite al pubblico ministero dall'art. 74 ord. giud., né, tantomeno, è possibile affermare che allo stesso organo vengano imputati i singoli atti compiuti dagli uffici di grado inferiore ⁽³¹⁸⁾.

⁽³¹⁷⁾ A ben vedere, infatti, parte delle critiche indirizzate dalla dottrina nei confronti dell'attuale struttura del pubblico ministero, prende spunto proprio dalla mancanza di una qualsiasi forma di responsabilità nell'esercizio del fondamentale potere-dovere d'accusa attribuita ai suoi organi. V., per tutti, in tal senso, con esemplare chiarezza, A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici*, cit., p. 41.

⁽³¹⁸⁾ Una breve digressione: preso atto dell'impossibilità di giungere ad una risposta definitiva circa la sussistenza o meno della gerarchia quale principio dominante l'ordinamento del pubblico ministero, ci si chiede per qual motivo la dottrina non tenti di fuoriuscire dagli insoddisfacenti confini di questa polemica, convogliando i propri sforzi in altra direzione. Le norme attuali sono il frutto di mutamenti legislativi e politici che si sono sovrapposti sulla fisionomia ordinamentale del pubblico ministero, a partire dalla nascita dell'organo nei tratti tipicamente gerarchizzati dell'antecedente francese (cfr. M. NOBILI, *Accusa e burocrazia*, cit., *passim*), passando attraverso l'esperienza ampiamente accentratrice del sistema ordinamentale e processuale fascista (per acute considerazioni v. U. DINACCI, *Prospettive sistematiche*, cit., p. 156), sino alle affrettate riforme del dopoguerra, con particolare considerazione per quella che, nel '46, recideva i legami tra Ministro della giustizia, quale vertice della "piramide gerarchica" e organo dell'accusa (cfr. O. DOMINIONI, *Per un collegamento*, cit., p. 45). Non suscita meraviglia, dunque, che l'occasionale interprete stenti a ricostruire senza contraddizioni i lineamenti del quadro, sia che voglia scorgervi "indizi di gerarchia", sia che intenda negarli. In prospettiva *de iure condendo*, poi, il problema si complica attraverso il poco costruttivo "scontro" dei due orientamenti divergenti palesati già nell'interpretazione delle norme date: tra fautori e oppositori del principio gerarchico, pare impossibile ogni dialogo che non trasmuti nella polemica, data, poi, la contiguità ideologica del tema col quesito riguardante l'eventuale assoggettamento del pubblico ministero all'esecutivo. A ben vedere, però, forse esiste una

Resta il fatto, comunque, che se pure, per avventura, diventasse possibile affermare con certezza la natura gerarchica del rapporto tra Procuratore generale e pubblico ministero procedente, da ciò non deriverebbe automaticamente il riconoscimento, in capo allo stesso Procuratore generale, di un onnicomprensivo potere d'avocazione. In effetti la dottrina amministrativistica è pressoché unanime nell'affermare che l'istituto in discorso non rientri quale contenuto ineliminabile tra quelli geneticamente spettanti al superiore gerarchico, riconoscendosi, anzi, ad esso, il carattere eccezionale di un potere sussistente solo nelle ipotesi strettamente previste dalla norma ⁽³¹⁹⁾.

Le conseguenze di un simile assunto sono evidenti: in quanto eccezione rispetto ad una regola, il potere avocativo non può essere esercitato in casi analoghi a quelli esplicitamente regolati dalla legge. Pertanto la lacuna derivante dall'impossibilità d'intervento del Procuratore generale sul modo di gestione delle indagini, al di fuori dei casi previsti dall'art. 412 c.p.p., non potrà essere colmata che dall'intervento del legislatore. All'interprete non resta altro che discuterne in prospettiva *de iure condendo*.

via d'uscita che consente di mediare gli opposti interessi, ed essa si collega, ancora una volta, all'evoluzione concettuale subita dal principio gerarchico nel suo settore di provenienza, ovvero il diritto amministrativo. In quel settore, la dottrina, prima, ed il legislatore, poi, mostrano una sensibile tendenza a relativizzare il principio *de quo*, considerato quale canone "recessivo" nella sua arcaicità, ed incongruente con i moduli organizzatori dello stato moderno, sempre più indirizzato verso la duplice meta del "decentramento" e della trasparenza nelle responsabilità (v. sull'argomento G. MARONGIU, voce *Gerarchia amministrativa*, cit., *passim*). In questo passaggio riorganizzativo, estrema importanza sembra assumere il rapporto c.d. di "direzione", quale modulo che consente di contemperare l'esigenza di unitarietà nell'esercizio di una data funzione con un'ampia autonomia dell'organo subordinato (cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 295). Nulla impedisce di pensare ad una struttura del pubblico ministero, ordinata in base al rapporto di "direzione", quale figura organizzativa "intermedia" fra la gerarchia e il coordinamento di organi parigrado. Nel diritto amministrativo l'idea del rapporto basato sulla direttiva quale possibile sostituto del principio gerarchico, lanciata da A. DE VALLES negli anni '30 (*Teoria giuridica*, cit., p. 250), ha impiegato un quarantennio per trovare – e non del tutto – eco effettiva. La dottrina processualpenalista naviga da un tempo ancora superiore nelle secche della nuda alternativa fra "centralizzazione" e "personalizzazione" dell'accusa.

⁽³¹⁹⁾ In tal senso v., per tutti, in modo particolarmente esplicito, G. MARONGIU, voce *Gerarchia amministrativa*, cit., p. 619. Per questa osservazione, nella dottrina processualpenalistica v. M.C. RUSSO, *L'avocazione*, cit., 72.

CAPITOLO QUARTO

MODELLI DIVERGENTI DALLO SCHEMA PROCEDIMENTALE ORDINARIO

SOMMARIO: 1. Azione e archiviazione nel procedimento pretorile. – 2. Il problema dell'archiviazione nel procedimento per i reati ministeriali. – 3. Il problema dell'archiviazione con particolare riguardo ai procedimenti per reati di criminalità organizzata.

1. *L'archiviazione nel procedimento pretorile*

Rilevanti nella disciplina della fase conclusiva delle indagini preliminari, con la scelta tra azione e archiviazione in essa contenuta, sono gli artt. 554 c.p.p. e 156, 157 ⁽¹⁾ 158 disp. att. c.p.p., delineanti, nel loro complesso, un segmento procedurale tormentato nella sua apparenza esteriore, quanto nelle sue vicissitudini interpretative. Ben note quelle che si sono concluse con un precoce intervento della Corte costituzionale sul 2° comma dell'art. 554 c.p.p. e sull'art. 157 disp. att. c.p.p.

Con sentenza n. 445 del 1990 i giudici della Consulta hanno aderito all'opinione dottrinaia ⁽²⁾, cancellando dal sistema l'incongruo com-

⁽¹⁾ Per ragioni espositive nell'elenco viene incluso anche l'art. 157 disp. att. dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con sent. n. 445 del 1990.

⁽²⁾ Sottolineava con particolare vigore l'inutile macchinosità della disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 554, 2° comma, c.p.p. e 157 disp. att. c.p.p., F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, ediz. 1990, p. 621. Sull'originaria costruzione codicistica v. pure M.G. COPPETTA, *Osservazioni sull'archiviazione del pretore*, in *Dif. Pen.*, 1990, 21; M. GALASSO, *Il pretore nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1991, p. 224; E. GAZZANIGA, *La disciplina dell'archiviazione nei procedimenti di competenza pretorile: limiti dei poteri del giudice e problemi di costituzionalità*, in *Cass. Pen.*, 1990, 390; G. TRANCHINA, *I nuovi "organi" del processo*

portamento imposto al giudice per le indagini preliminari che reputasse indispensabili ulteriori investigazioni: non poteva ordinarle direttamente al pubblico ministero, essendo costretto ad autorizzare *ob torto collo* l'archiviazione, per poi "suggerire" al Procuratore generale l'opportunità di una richiesta di riapertura delle indagini *ex art.* 414 c.p.p.

Nel sistema risultante dall'espunzione dell'art. 157 disp. att. e dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 554, 2° comma, c.p.p., alla richiesta presentata dal pubblico ministero, che non intenda avviare il processo, il giudice per le indagini preliminari può reagire con gli stessi strumenti che sono a sua disposizione nel procedimento ordinario, ovvero emanando alternativamente un decreto d'archiviazione, un provvedimento d'imputazione coatta o di cosiddette indagini coatte. Possibile, ai sensi dell'art. 156 disp. att. c.p.p., anche l'opposizione della persona offesa, che ritenga di poter offrire al giudice controllante motivi validi per non ottemperare alla richiesta del pubblico ministero.

Le differenze rispetto al rito ordinario emergono dai modi in cui il codice regola i passaggi ora delineati; né il fatto che il giudice dubiti della validità degli argomenti addotti dall'organo inquirente a sostegno della richiesta d'archiviazione, né l'opposizione della persona offesa aprono il varco all'udienza camerale prevista dall'art. 409 c.p.p. L'eventuale scontro di opposti interessi ovvero la semplice analisi del giudice sui motivi di un'archiviazione che gli appaia dubbia, vengono sublimati nel silenzio di un contraddittorio meramente cartolare, all'interno del quale risulta inglobato anche il vaglio sui presupposti d'ammissibilità dell'opposizione presentata dall'offeso.

La mancanza di un udienza "gemella" di quella regolata, per il rito ordinario, dall'art. 409 c.p.p., pur spiegandosi in base alla medesima istanza di semplificazione che ha indotto già il legislatore delegante ad escludere l'udienza preliminare dal rito pretorile (art. 2, n. 103, L. 16

penale pretorile, in *Crit. Pen.*, 1990, 34. Per un'analisi della sentenza n. 445 del 1990 v. G. GIOSTRA, *Controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale (note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 445 del 1990)*, in *Giur. Cost.*, 1990, 2666, come pure, sebbene con riferimento congiunto alla sent. n. 94 del 1992, G. DE ROBERTO, *L'archiviazione pretorile dopo gli interventi della Corte costituzionale*, *ivi*, 1992, 2433.

febbraio 1987, n. 81) ⁽³⁾, non piace a quanti ⁽⁴⁾ obiettano che siffatta disciplina si risolve in un palese rigetto dell'indagato ai margini della procedura d'archiviazione in pretura, negandosi ad esso la possibilità di dare il proprio contributo dialettico ad una decisione cui risulta, per ovvi motivi, interessato.

In particolare si nota come «se da un lato sembra palese la disparità di trattamento che... si realizza tra le persone sottoposte alle indagini nel procedimento davanti al tribunale e, rispettivamente, in quello di competenza dell'organo monocratico, dall'altro non meno irragionevole appare la discriminazione operata, questa volta negli ambiti stessi del rito pretorile, tra l'indagato e l'offeso dal reato circa il potere, negato all'uno e riconosciuto all'altro, di interloquire sui propositi abdicativi manifestati dal pubblico ministero» ⁽⁵⁾.

La Corte costituzionale, dal canto suo, interrogata in merito alla legittimità di una disciplina che amputa il procedimento archiviativo del contraddittorio tra le parti – così determinando una disparità di

⁽³⁾ V., in tal senso, G. BONETTO, voce *Procedimento penale davanti al pretore*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 3; M. D'ANDRIA, *Art. 554*, in *Commento del nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, V, Torino, 1991, p. 633; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1993, p. 87; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, p. 249.

⁽⁴⁾ Cfr. G. DEAN, *I limiti al contraddittorio nella procedura di archiviazione pretorile: profili di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1992, 2394; ID., *Archiviazione pretorile e principio del contraddittorio*, in *Rass. Giur. Umbra*, 1993, 181; A. GRASSI, *Appunti per una questione di costituzionalità degli artt. 409, quarto e quinto comma, e 554, secondo comma, c.p.p. come modificato dalla sentenza n. 445/90 della Corte costituzionale*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1992, 313; U.G. MONTI, *Rigetto della richiesta di archiviazione ed indicazione di nuove indagini nel procedimento pretorile: nessuna necessità di previa fissazione di udienza ex art. 409 c.p.p.*, *ivi*, 1992, 542; T. TREVISSON LUPACCHINI, in *Giur. It.*, 1992, II, 66. Anche la giurisprudenza della Cassazione ha mostrato oscillazioni sensibili, ora rifiutando, ora ammettendo l'applicabilità al rito pretorile dell'udienza prevista dall'art. 409 c.p.p. Il contrasto è stato comunque risolto dalle Sezioni Unite, che hanno optato per un'interpretazione chiara: nel rito pretorile non c'è spazio per l'udienza descritta e da ciò non deriva alcuna discriminazione a carico dell'indagato o del p.m. rispetto ai relativi omonimi nel procedimento ordinario. V. in tal senso, Cass., Sez. Un., 29 maggio 1992, Pirelli s.p.a., in *Giur. Cost.*, 1992, 2430, con nota adesiva di G. DE ROBERTO. Per l'approfondimento di ulteriori profili sottesi al procedimento di archiviazione pretorile v. M. MONTAGNA, *Richiesta di archiviazione e "imputazione coatta": i rapporti tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari*, in *Rass. Giur. Umbra*, 1993, 812.

⁽⁵⁾ Così, G. DEAN, *I limiti al contraddittorio*, cit., 2397.

trattamento tra la persona offesa che abbia fatto opposizione dinanzi al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale e quella che abbia adempiuto allo stesso onere nel procedimento pretorile – ha ritenuto non fondata la questione, considerando la differente disciplina sufficientemente motivata dalle peculiari esigenze di speditezza che informano il rito in pretura.

Nulla di strano, si obietta da parte di chi auspica l'estensione al procedimento pretorile del contraddittorio previsto dall'art. 409 c.p.p.: il caso sottoposto all'attenzione della Consulta concerneva solo il limitato profilo delle garanzie spettanti alla persona offesa e non era, pertanto, possibile attendere una risposta diversa ⁽⁶⁾.

All'orientamento in parola potrebbero muoversi diverse obiezioni. Anzitutto, come sottolineato dalle Sezioni unite della cassazione ⁽⁷⁾, nulla avrebbe impedito alla Corte costituzionale di affrontare, già con la sent. n. 445 del 1990, il profilo attinente alla procedura da seguire nel caso in cui sopravvenga l'opposizione della persona offesa o, comunque, il giudice non condivida gli argomenti forniti dal pubblico ministero nella richiesta d'archiviazione ⁽⁸⁾. In secondo luogo, altra parte della dottrina rileva come, tanto la sentenza costituzionale ora citata, quanto la sentenza n. 94 del 1992, configurino un «tracciato interpretativo» in grado di delegittimare in radice ogni equiparazione tra fase archiviativa ordinaria e pretorile, che oltrepassi quella già effettuata con la sent. n. 445 del 1990 ⁽⁹⁾. In altre parole, la Corte costituzionale si sarebbe già pronunciata indirettamente sulla questione, negando la possibilità di conciliare il «principio di massima semplificazione» con l'udienza *ex art. 409 c.p.p.*

⁽⁶⁾ In tal senso ancora G. DEAN, *I limiti al contraddittorio*, cit., 2397.

⁽⁷⁾ Cfr., Cass., Sez. Un., 29 maggio 1992, Pirelli s.p.a. cit.

⁽⁸⁾ Come rileva, infatti, la S.C. nella sentenza in discorso (Sez. Un., 29 maggio 1992, Pirelli s.p.a. cit.) la Corte costituzionale, nella sent. n. 445 del 1990, «se pure la questione non fosse stata compresa nel *devolutum*, ...avrebbe ben potuto esercitare il potere riconosciutole dall'art. 27 L. 11 marzo 1958 n. 87» e dichiarare, così, l'incostituzionalità dell'art. 554 c.p.p. nella parte in cui non prevede una udienza in camera di consiglio analoga a quella prevista dall'art. 409, 2° comma, c.p.p. Come noto, l'art. 27 L. n. 87 del 1958 consente al giudice costituzionale di estendere la propria pronuncia a quelle altre disposizioni legislative la cui illegittimità costituzionale «derivi» come conseguenza dalla decisione adottata (v., in proposito, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 9ª ed., 1976, p. 1421).

⁽⁹⁾ V., in tal senso, G. DE ROBERTO, *L'archiviazione pretorile*, cit., 2437.

Al di là, comunque, di ogni rilievo attinente all'orientamento della Corte costituzionale, resta il fatto che, seguendo l'opinione che ravvisa nella mancanza di un contraddittorio durante la fase archiviativa un'inaccettabile disparità di trattamento, in particolare per l'indagato, ma anche per la persona offesa ed il pubblico ministero, a seconda che essi si trovino coinvolti in un procedimento dinanzi al Tribunale o alla Pretura, si finisce col delegittimare *ogni* differenza tra i due riti, dato che – geneticamente – esigenze di snellezza procedurale e spazi interlocutori ampi per i soggetti processuali succitati, sono elementi conciliabili solo attraverso compromessi, ora nell'una e ora nell'altra direzione.

Ma, tanto concesso al pragmatismo, resta il fatto che, effettivamente, pare eccepibile che la persona sottoposta alle indagini non debba neppure venir informata della richiesta d'archiviazione, soprattutto qualora si prospetti la ricorrenza di un contraddittorio cartolare provocato dall'offeso che si sia opposto ad essa.

Si consideri, tra l'altro, che la Corte di cassazione e la medesima Corte costituzionale ⁽¹⁰⁾ hanno ritenuto che il pubblico ministero debba avvisare la persona offesa della richiesta d'archiviazione, altrimenti le sarebbe fattualmente precluso l'esercizio della facoltà d'opporvi alla richiesta, di cui all'art. 156 disp.att. c.p.p. ⁽¹¹⁾. Ora, se alla vittima del reato viene riconosciuto il diritto di venir informata circa i propositi del pubblico ministero, in vista di una possibile opposizione, non si vede per qual motivo lo stesso privilegio non debba spettare anche all'indagato, così da consentirgli di sostenere, con propri argomenti, quelli adottati dal pubblico ministero a sostegno della richiesta d'archiviazione.

Negare all'indagato la possibilità di avere contezza di quanto sta accadendo in una fase procedimentale il cui esito è certo relevantissimo ai suoi occhi, comporterebbe una disparità di trattamento – censurabile *ex art. 3 Cost.* – non nei confronti della persona indagata con rito ordinario, bensì nei confronti dell'offeso, nel medesimo ambito del rito pretorile.

D'altro canto, la soluzione in discorso – che pure consente a tutti i soggetti coinvolti nella richiesta d'archiviazione d'interloquirvi – pre-

⁽¹⁰⁾ Cfr., rispettivamente, Cass., Sez. V, 3 aprile 1992, Gallegaro, in *Giur. It.*, 1993, 450; Corte cost., sent. n. 94 del 1992, cit. Sull'argomento, in dottrina, v. M. MONTAGNA, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione nel procedimento pretorile*, in *Giur. It.*, 1993, II, 449.

⁽¹¹⁾ In tal senso v. M. MONTAGNA, *L'opposizione*, cit., 451.

senta l'indiscutibile vantaggio di non incidere se non in misura minimale sulla snellezza di forme che caratterizza il procedimento in pretura e non viene a collidere col principio di "massima semplificazione".

In base alla stessa logica che fonda l'orientamento appena discusso, la dottrina ha poi avuto modo di criticare la mancanza, nel rito pretorile, di una forma di controllo sull'esercizio dell'azione penale, quale si realizza, nel rito ordinario, mediante l'udienza preliminare ⁽¹²⁾. Tale lacuna si risolverebbe nella mancata tutela dell'indagato verso imputazioni arbitrarie o radicalmente infondate.

A prescindere dal fatto, però, che l'esclusione dell'udienza preliminare risale ad una precisa direttiva del legislatore delegante (n. 103), resta da porre in rilievo che introdurre un meccanismo analogo nel processo pretorile significherebbe sostanzialmente appiattirlo sul procedimento ordinario, eliminandone, per conseguenza, ogni residua istanza di "massima semplificazione". D'altro canto, l'eventualità – astrattamente concepibile e neppure troppo lontana dalla realtà delle cose – che il pubblico ministero «disponga il rinvio a giudizio sulla base della sola notizia di reato senza aver minimamente né consentito all'indagato di difendersi né altrimenti accertato la colpevolezza di quest'ultimo» ⁽¹³⁾, pare una prospettiva certo più grave di quella che si risolve nell'impossibilità, per l'indagato, d'interloquire sulle vicende della richiesta d'archiviazione.

L'esercizio "apparente" dell'azione penale, in mancanza dei connotati di concretezza che dovrebbero caratterizzarla, produce effetti alieni dal sistema: l'imputato viene coinvolto in un processo immotivato, alla stregua delle risultanze investigative; il giudice del dibattimento è posto dinanzi alla distorta alternativa di pronunciare un'assoluzione proceduralmente innecepiibile, ma forse sostanzialmente "ingiusta", ovvero abbandonare il suo ruolo, per rivestire i panni dell'accusatore, disponendo, *ex art. 507 c.p.p.*, l'assunzione di quei mezzi di prova ormai preclusi al pubblico ministero ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ In tal senso v. M. D'ANDRIA, *Art. 554*, cit., p. 635; R. LI VECCHI, *L'udienza preliminare e le sue problematiche dottrinarie e giurisprudenziali*, in *Riv. Pen.*, 1994, 353; A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 250. Per una peculiare questione concernente la mancanza dell'udienza preliminare in pretura v. R. MENDOZA, *Un'improbabile udienza preliminare in pretura*, in *Cass. Pen.*, 1994, 699.

⁽¹³⁾ Così A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 255.

⁽¹⁴⁾ Su questa problematica v. *amplius*, il Cap. VI, § 2. La stessa Corte costituzio-

A fronte di siffatte considerazioni non è, forse, fuor di luogo il suggerimento, in prospettiva *de iure condendo*, di costruire una forma di controllo sull'azione penale esercitata che si modelli su quella prevista dal legislatore per il giudizio immediato. Un controllo meramente cartolare, dunque, ma che consentirebbe, anzitutto, il rinvio degli atti al pubblico ministero ogniqualvolta emergano carenze investigative macroscopiche e, in secondo luogo, permetterebbe all'indagato d'interloquire, attraverso la consegna di "memorie" difensive, sulla prospettazione del caso offerta dall'organo dell'accusa.

2. *Il problema dell'archiviazione nel procedimento per i reati ministeriali*

La legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, ha radicalmente modificato il procedimento originariamente previsto dall'art. 96 Cost. per l'accertamento dei reati commessi da ministri nell'esercizio delle loro funzioni. All'eliminazione della cosiddetta "giustizia politica" e dei relativi inconvenienti, frequentemente messi in luce dalla dottrina⁽¹⁵⁾, non ha, peraltro, corrisposto una integrale riduzione del relativo procedimento agli schemi ordinari del processo penale, mantenendosi pur sempre «differenziata la posizione dei ministri da quella dei comuni cittadini»⁽¹⁶⁾.

È proprio questo *quantum* di "specialità" ancora perdurante nel procedimento *ex art.* 96 Cost., ad offrire occasione per l'analisi che

nale, nella sent. n. 445 del 1990, ha rigettato la prospettiva di lasciare al g.i.p. che non condivida la richiesta d'archiviazione, l'unica possibilità di emettere ordinanza d'imputazione coatta, rimandando al giudice del dibattimento l'incombenza di colmare *ex art.* 507 i vuoti investigativi lasciati dall'organo dell'accusa. Su questo profilo della sentenza v. G. GIOSTRA, *Controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale*, cit., 2666.

⁽¹⁵⁾ Sul procedimento configurato dagli artt. 96, 134 e 135 cost., realizzantesi con la messa in stato d'accusa dei ministri dal Parlamento in seduta comune e il successivo giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, integrata da sedici giudici popolari estratti a sorte tra i cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore, v. G. DI RAIMO, *I reati ministeriali e i delitti presidenziali*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, VI, Firenze, 1969, p. 187; R. ORLANDI, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Torino, 1994, p. 151 e ss.; S. RICCIO, *Il processo penale davanti alla Corte costituzionale*, Napoli, 1955; C. TAORMINA, *Procedimenti e giudizi d'accusa*, Milano, 1978; G. ZAGREBELSKY, voce *Procedimento e giudizi d'accusa*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 898. In prospettiva comparatistica v. M. SESTA, *Il processo politico: modelli storici e sua evoluzione normativa*, Perugia, 1982.

⁽¹⁶⁾ Così L. CARLASSARE, *Commento all'art. 1 L.C. 16/1/1989 n. 1*, in *Leg. Pen.*, 1989, 477.

segue. Non si fa qui riferimento – è chiaro – a quella differenza che si riassume nella necessità, per la magistratura ordinaria, di ottenere l'autorizzazione parlamentare di cui all'art. 8 L. Cost. n. 1 del 1989.

In effetti, l'autorizzazione in discorso, pur autorevolmente definita come il "perno" della nuova disciplina ⁽¹⁷⁾, è argomento che, se interessa il processualpenalista in quanto condizione di procedibilità, esula nettamente dal suo campo d'indagine laddove l'approccio dottrinale riguardi i profili sostanziali dell'istituto, ovvero quelli su cui la L. Cost. n. 1 del 1989 ha profondamente inciso ⁽¹⁸⁾.

Il fatto è, però, che l'autorizzazione parlamentare non rappresenta che uno tra i punti di sensibile divergenza del procedimento per i reati ministeriali rispetto al procedimento ordinario e questo – va detto preliminarmente – nonostante motivo ispiratore della riforma fosse stata proprio la volontà di ricondurre l'*iter* d'accertamento della responsabilità ministeriale nell'alveo del rito penale ordinario.

Parità tra supremi funzionari dello stato e comuni cittadini, dunque.

Una parità voluta per evitare tanto che la "giustizia politica" si trasformasse in fonte d'illegittima esenzione da responsabilità, quanto che essa fosse adoperata come meccanismo repressivo finalizzato alla lotta per il potere ⁽¹⁹⁾.

Se questo era l'ideale sottostante alla riforma, ebbene sembra difficile mettere in discussione che proprio quell'ideale sia stato tradito

⁽¹⁷⁾ In tal senso G. DI RAIMO, *La legge costituzionale di riforma dell'accusa parlamentare e le normative necessarie per la sua attuazione*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, 594.

⁽¹⁸⁾ Sull'autorizzazione in discorso, di cui la dottrina sottolinea le profonde differenze con quella prevista dall'art. 68 Cost., e nella quale permane l'impronta (o il sospetto) della medesima, eccessiva "politicità" che prima informava l'intero istituto del procedimento per reati ministeriali, v. L. CARLASSARE, *Commento all'art. 1*, cit., 480; A. CERRI, voce *Giudizio e procedimento d'accusa*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, p. 6; A. D'ANDREA, *Dalla Commissione parlamentare per i giudizi di accusa alla nuova disciplina in tema di reati ministeriali*, in *Quad. Cost.*, 1990, 151; G. DI RAIMO, *La legge costituzionale*, cit., 596; L. ELIA, *Le nuove regole sui reati ministeriali. Premessa al commento della L.C. 16/1/1989 n. 1*, in *Leg. Pen.*, 1989, 465; L.A. MAZZAROLLI, *Commento all'art. 9 L.C. 16/1/1989 n. 1*, *ivi*, 505.

⁽¹⁹⁾ In tal senso v. O. LUPACCHINI, *Il processo penale per i reati ministeriali*, in *il giusto processo*, 1992, 148. Sull'argomento cfr. pure L. CARLASSARE, *Commento all'art. 1*, cit., 477; A. CERRI, voce *Giudizio*, cit., p. 6; G. DI RAIMO, *La legge costituzionale*, cit., 595; L. ELIA, *Le nuove regole*, cit., 466; ID., *Per una giustizia sempre meno politica*, in *Civitas*, 1988 (3), 7.

dalla L. Cost. n. 1 del 1989 e, soprattutto, dalle vicende legislative ed interpretative che l'hanno seguita.

Ai sensi degli artt. 6 e 8 L. Cost. n. 1 del 1989, al pubblico ministero – individuato nel Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello competente – spetta nulla più che un ruolo di “ricettore” della *notitia criminis* e organo consulente nei confronti del Collegio costituito secondo le regole di cui all'art. 7 della stessa legge.

L'attività investigativa è affidata al Collegio in discorso, cui compete anche, nel termine di 90 giorni dal ricevimento degli atti, la decisione sull'alternativa tra invio degli atti al Parlamento, affinché venga concessa l'autorizzazione a procedere ovvero archiviazione (art. 8 L. Cost. n. 1 del 1989).

Questa schematica disciplina è stata integrata dalle norme contenute nella Legge 5 giugno 1989, n. 219, che delineava una netta distinzione tra fase investigativa antecedente al “via libera” parlamentare – affidata al collegio inquirente – e investigazioni successive, gestite, secondo le norme ordinarie del codice di procedura penale, dal pubblico ministero competente (art. 3 L. n. 219 del 1989).

La norma in parola era intervenuta a fornire un'interpretazione autentica (se così si può dire, trattandosi di una legge ordinaria in rapporto ad una legge di rango costituzionale) dell'art. 9, 4° comma, L. Cost. n. 1 del 1989 ai sensi del quale, una volta concessa l'autorizzazione, «l'assemblea... rimette gli atti al collegio... perché continui il procedimento secondo le norme vigenti».

La necessità di chiarire con legge apposita il senso della norma citata derivava da un contrasto insorto, durante i lavori parlamentari, tra Camera e Senato, ciascuno portatore di intenti differenti circa l'organo che avrebbe dovuto continuare le indagini una volta concessa l'autorizzazione a procedere. In particolare il disegno di legge costituzionale era stato approvato dal Senato sotto la condizione che l'art. 9, 4° comma, avrebbe dovuto essere inteso, nonostante il suo tenore letterale, nel senso che sarebbe stato non il collegio, ma il pubblico ministero competente a continuare nel lavoro d'indagine ⁽²⁰⁾. Sempre in quella

⁽²⁰⁾ Sull'argomento v. ampiamente O. LUPACCHINI, *Il processo penale*, cit., 157; A. TOSCHI, *Commento all'art. 8 L. C. 16/1/1989 n. 1*, in *Leg. Pen.*, 1989, 498.

sede si era auspicato che fosse la legge ordinaria di attuazione della legge costituzionale, a chiarire la lettera dell'art. 9, 4° comma.

L'atipica vicenda della disposizione, approvata a patto che venisse intesa in un senso esattamente opposto al suo tenore letterale, si è conclusa nel modo che era, in fondo, prevedibile. La Corte costituzionale, infatti, interpellata sulla legittimità dell'art. 3, 2° comma, L. n. 219 del 1989 in riferimento all'art. 9, 4° comma, L. Cost. n. 1 del 1989, ha chiarito ⁽²¹⁾ come la norma vada interpretata nell'unico senso conforme alla lettera della disposizione di rango superiore: al Collegio, inquirente in prima battuta, spetta anche proseguire nell'indagine una volta concessa l'autorizzazione parlamentare.

Insomma la Corte costituzionale ha indotto una svolta decisiva nella disciplina del procedimento per reati ministeriali mediante un'esegesi certo formalmente ineccepibile ⁽²²⁾ – dato il contrasto letterale tra due norme di rango diverso – ma apparentemente ignara ⁽²³⁾ del fatto che il disegno di legge costituzionale fosse stato approvato dal Senato unicamente a condizione che l'art. 9, 4° comma, L. Cost. n. 1 del 1989 fosse inteso nel senso respinto dal giudice di legittimità.

Allo stato attuale, dunque, il procedimento d'indagine sui reati ministeriali appare scisso in due fasi, funzionalmente differenti – come si vedrà nel proseguo dell'analisi – ma gestite entrambe dal Collegio di cui all'art. 7 L. Cost. n. 1 del 1989 ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ V. sent. n. 265 del 1990; in dottrina v. D. MANZIONE, *Reati ministeriali e giudizio penale, ovvero della giurisdizione dimezzata*, in *Cass. Pen.*, 1991, I, 207.

⁽²²⁾ Così O. LUPACCHINI, *Il processo penale*, cit., 158; D. MANZIONE, *Reati ministeriali e giudizio penale*, cit., 207.

⁽²³⁾ La sentenza liquida, infatti, sbrigativamente la fase di passaggio del disegno di legge per la seconda lettura del Senato, senza accennare minimamente alla condizione apposta in quella sede.

⁽²⁴⁾ La norma prevede regole apposite per la formazione del collegio inquirente, sostanziatisi in «particolari garanzie, concernenti la maturità professionale dei componenti e l'imparzialità dell'organo medesimo» (così A. TOSCHI, *Commento all'art. 7 L.C. 16/1/1989 n. 1*, in *Leg. Pen.*, 1989, 494). Il collegio è composto da tre membri effettivi e tre supplenti, estratti a sorte tra i magistrati in servizio nei tribunali del distretto che siano in possesso dei requisiti richiesti dalla norma. Sulle questioni attinenti all'esclusione dei magistrati del pubblico ministero dal novero dei possibili membri, nonché su quelle relative alle modalità del sorteggio v. G. DI RAIMO, *La legge costituzionale*, cit., 604; O. LUPACCHINI, *Il processo penale*, cit., 161; S. SAU, *Sulla nuova disciplina dei procedimenti in materia di reati ministeriali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, 748; A. TOSCHI, *Commento all'art. 7*, cit., 494.

E qui è il punto. Non senza motivo è stato detto che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 265 del 1990, abbia aperto più problemi di quanti sia riuscita a risolverne ⁽²⁵⁾. Anzitutto, sembra il caso di chiedersi *come* si svolgerà il procedimento investigativo susseguente alla concessione dell'autorizzazione a procedere, visto che l'art. 3, 1° comma, L. n. 219 del 1989 prescrive che esso debba continuare secondo le norme ordinarie, mentre le caratteristiche dell'organo preposto alle investigazioni sono tali da rendere quantomeno problematica l'applicazione della disciplina del codice di rito.

L'art. 1, 2° comma, della L. n. 219 del 1989 stabilisce che il Collegio inquirente compia le indagini precedenti l'autorizzazione, cumulando in sé i poteri che spettano al pubblico ministero e al giudice per le indagini preliminari ⁽²⁶⁾. Quanto alla seconda fase d'indagine, la legge non dice nulla in proposito ed è ovvio, visto che essa prevedeva, prima dell'intervento del giudice costituzionale, la continuazione del procedimento secondo le norme ordinarie e, quindi, la rimessione degli atti al pubblico ministero, quale "ordinaria" autorità inquirente.

Neppure la Consulta sembra aver affrontato il problema nella piena consapevolezza della sua portata, essendosi limitata a stabilire – quasi *en passant* – che il pubblico ministero «partecipi all'attività spettante al Collegio esercitando i suoi poteri» ⁽²⁷⁾. Difficile capire quali poteri intenda il giudice costituzionale, visto che le potestà spettanti di norma al pubblico ministero ineriscono a quell'attività investigativa che, nella medesima sentenza, si è voluta attribuire al Collegio di cui all'art. 7 L. Cost. n. 1 del 1989.

La soluzione ventilata in dottrina, allorché si è proposta una interpretazione estensiva dell'art. 1, 2° comma, L. n. 219 del 1989 ⁽²⁸⁾, pare assai poco soddisfacente, come peraltro ammesso anche da chi se ne fa epigono: essa finisce, in buona sostanza, per replicare, nel "dualismo" del Collegio inquirente, l'obliterata figura del giudice istruttore.

⁽²⁵⁾ In questi termini D. MANZIONE, *Reati ministeriali e giudizio penale*, cit., 209.

⁽²⁶⁾ Di qui l'affermata natura "duale" dell'organo in discorso. V. in proposito O. LUPACCHINI, *Il processo penale*, cit., 154; A. TOSCHI, *Commento all'art. 8*, cit., 499.

⁽²⁷⁾ V. Corte cost., sent. n. 265 del 1990.

⁽²⁸⁾ Così D. MANZIONE, *Reati ministeriali e giudizio penale*, cit., 209; R. ORLANDI, *Aspetti processuali*, cit., p. 186. Sull'argomento v. pure N. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove*, cit., p. 77; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 180; S. SAU, *Sulla nuova disciplina*, cit., 758, n. 51.

È quanto accade, del resto, nella fase d'indagine antecedente alla concessione dell'autorizzazione a procedere: se ne considerino gli effetti sull'istituto dell'archiviazione, possibile, ai sensi dell'art. 8 L. Cost. n. 1 del 1989, tanto all'esito di quella fase, quanto, in ottemperanza alle norme del codice di procedura penale, al termine delle ulteriori investigazioni compiute dal Collegio dopo la rimessione degli atti dal Parlamento.

Il primo tipo di archiviazione presenta – già *ex se* e a prescindere da ogni considerazione attinente all'organo preposto a deciderla – delle caratteristiche che la distinguono da quella regolata nel codice di rito.

Anzitutto una particolare impronta sistematica: l'archiviazione prevista dall'art. 8 L. Cost. n. 1 del 1989 è provvedimento alternativo non già all'esercizio dell'azione penale, ma all'invio degli atti d'indagine presso la Camera competente per il rilascio dell'autorizzazione a procedere.

Si tratta di una caratteristica inevitabile a fronte della specifica finalità affidata alle indagini compiute dal Collegio dopo l'inoltro della notizia di reato ad opera del pubblico ministero. Quella fase investigativa, infatti, è funzionalmente destinata ad un vaglio preliminare circa la fondatezza della *notitia criminis*, nonché alla raccolta del materiale probatorio utile per la futura decisione della Camera competente al rilascio dell'autorizzazione prevista dall'art. 5 L. Cost. del 1989 ⁽²⁹⁾.

Questa peculiare nota teleologica, impronta di sé anche i parametri dell'archiviazione, che deve essere disposta, ai sensi dell'art. 2, 1° comma, L. n. 219 del 1989, «se la notizia di reato è infondata, ovvero manca una condizione del procedere diversa dall'autorizzazione di cui al-

⁽²⁹⁾ Sull'indicata funzionalizzazione delle indagini svolte dal Collegio v. O. LUPACCHINI, *Il processo penale*, cit., 150 e 152; A. TOSCHI, *Commento all'art. 8*, cit., 503. A sé stante l'orientamento palesato da A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 170, sostenendo che il collegio agisce «al fine di accertare la sussistenza dei presupposti per il rilascio dell'autorizzazione a procedere, e quindi per la rimozione dell'impedimento giuridico all'instaurazione del procedimento penale ordinario». In realtà, l'accertamento della sussistenza di quei presupposti spetta unicamente alla Camera competente per il rilascio dell'autorizzazione (cfr. L. ELIA, *Le nuove regole*, cit., 468), così come, viceversa, il giudizio di manifesta infondatezza dell'accusa spetta unicamente alla magistratura indagante. Su quest'ultimo profilo, con peculiare considerazione delle vicende che hanno condotto a rivedere il sistema originariamente previsto della doppia autorizzazione a procedere – la prima accentrata sul requisito della manifesta infondatezza – v. G. DI RAIMO, *La legge costituzionale*, cit., 597; L. ELIA, *Le nuove regole*, cit., 467.

l'art. 96 della Costituzione, se il reato è estinto, se l'indiziato non lo ha commesso ovvero se il fatto integra un reato diverso da quelli indicati nell'art. 96 della Costituzione».

Si tratta – è chiaro – di un parametro assai dissimile da quello contenuto negli artt. 408, 1° comma, c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p. In particolare, risulta non riprodotto il motivo d'archiviazione costituito dall'inidoneità probatoria dibattimentale degli elementi raccolti durante le indagini, cosa ovvia data la finalità “limitata” delle prime investigazioni svolte dal Collegio ⁽³⁰⁾.

Divergenze anche maggiori rispetto alle norme del codice di procedura penale si rivelano all'esame del procedimento d'archiviazione. Ai sensi dell'art. 8 L. Cost. n. 1 del 1989, il Collegio è tenuto a “sentire” il pubblico ministero prima di emettere decreto di archiviazione. Da parte sua, il Procuratore della Repubblica non ha poteri di veto sulla decisione del Collegio: oltre alla formulazione di un parere non vincolante,

⁽³⁰⁾ Sembra impossibile, quindi, concordare con chi parifica integralmente questa prima forma d'archiviazione con quella possibile dopo il rilascio dell'autorizzazione a procedere e, quindi, al termine del procedimento “ordinario” d'indagine. Per questa opinione v. A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 173. In senso conforme all'opinione manifestato nel testo v., invece, Collegio per i reati ministeriali, Trib. Roma, 18 ottobre 1994, Mancino ed altri (inedita). Altrettanto inaccettabile pare l'idea, manifestata dal medesimo autore, che l'art. 2, 1° comma, L. n. 219 del 1989 abbia ingiustificatamente ampliato le ipotesi di archiviazione, deducibili dal combinato disposto degli artt. 8 e 9 Legge cost. n. 1 del 1989, e identificabili nell'insussistenza delle ipotesi in cui il Parlamento negherebbe l'autorizzazione a procedere (cfr. A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 171). In realtà l'opinione in discorso risulta radicalmente errata, appena si consideri come al Parlamento e solo ad esso spetti valutare se «l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo». Si tratta della «verifica di una situazione oggettiva», effettuata «sulla base di un apprezzamento politico» (così L. CARLASSARE, *Commento all'art. 1*, cit., 483), giudizio sull'esistenza non di eventuali elementi negativi dell'illecito (la cui valutazione sarebbe chiaramente affidata alla magistratura ordinaria) ma di elementi che si “sovrappongono”, immutandola «alla configurazione della condotta tipica contestata dai magistrati» (in tal senso v. L. ELIA, *Le nuove regole*, cit., 471). Insomma, ritenere che l'archiviazione ex art. 8 L. Cost. n. 1 del 1989 debba avvenire anche qualora il Collegio indagante consideri realizzate le condizioni dell'autorizzazione a procedere, significherebbe espropriare il Parlamento di una sua competenza, per attribuirla ad un organo funzionalmente inadatto ad esprimere valutazioni di carattere “politico”. Per analoghe conclusioni cfr. ampiamente R. ORLANDI, *Aspetti processuali*, cit., p. 176.

l'unica mossa consentitagli è una richiesta di supplemento investigativo ⁽³¹⁾, cui è apposto il termine massimo di sessanta giorni.

Insomma: l'archiviazione è atto proprio del Collegio, sostanzialmente libero da forme di controllo ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Se, nella lettera dell'art. 8, 2° comma, L. Cost. n. 1 del 1989, è chiara la natura meramente consultiva e quindi non vincolante del parere espresso dal pubblico ministero in merito all'annunciata archiviazione, meno semplice pare la questione circa la natura della richiesta di ulteriori indagini, prevista dallo stesso articolo, quale possibile apporto del pubblico ministero alla procedura di archiviazione. Secondo un'opinione, la lettera della norma sembrerebbe alludere ad un obbligo del Collegio di esperire il supplemento investigativo richiesto (v. R. ORLANDI, *Aspetti processuali*, cit., p. 174, n. 71; A. TOSCHI, *Commento all'art. 8*, cit., 501) ed effettivamente l'impressione pare confermata dall'art. 2, 1° comma, L. n. 219 del 1989, secondo il quale il collegio dispone l'archiviazione «...dopo lo svolgimento di ulteriori indagini ove richiesto dal Procuratore della Repubblica». La fattispecie in esame sembra costruita a somiglianza del c.d. provvedimento d'indagini coatte, adottabile, ai sensi dell'art. 409, 5° comma, c.p.p., dal giudice per le indagini preliminari al termine dell'udienza per l'archiviazione. Si propongono, dunque, per gli artt. 8, 3° comma, L. Cost. n. 1 del 1989 e 2, 1° comma, L. n. 219 del 1989, i medesimi quesiti che si sono visti caratterizzare l'analogo istituto previsto dal codice di rito, ma a parti invertite: nella legge costituzionale sarebbe, infatti, un magistrato del pubblico ministero – ovvero una “parte” in senso processuale – a vincolare alle proprie decisioni un organo composto da membri della magistratura giudicante. La questione non è da poco; ai sensi dell'art. 101 Cost. i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Sembra più conforme al ruolo meramente consultivo disegnato dalla L. Cost. n. 1 del 1989 per il pubblico ministero, ritenere che la richiesta d'investigazioni ulteriori sia null'altro che un parere, cui il Collegio è libero di prestare orecchio o meno. *Contra*, però, v. R. ORLANDI, *Art. 343*, in *Commento*, cit., IV, 1990, p. 204.

⁽³²⁾ Ulteriore nota caratteristica del provvedimento di archiviazione potenzialmente conclusivo della prima fase d'indagine nel procedimento per reati ministeriali, è la sua limitata revocabilità. Anzitutto, ai sensi dell'art. 2, 2° comma, L. n. 219 del 1989, il decreto può essere revocato, su richiesta del pubblico ministero competente, solo qualora sopravvengano «nuove prove», mentre l'art. 414 c.p.p. collega la riapertura delle indagini già archiviate all'esigenza, palesata dall'organo dell'accusa, di svolgere nuove investigazioni (sull'argomento v. N. CARULLI, *Dell'archiviazione*, cit., p. 81; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 178; S. SAU, *Sulla nuova disciplina*, cit., 757; A. TOSCHI, *Commento all'art. 8*, cit., 502). La peculiare efficacia preclusiva del provvedimento d'archiviazione, chiaramente collegata alla volontà del legislatore di tutelare l'inquisito eccellente da repliche investigative politicamente orientate o, comunque, persecutorie, non è l'unica nota caratteristica del procedimento di revoca tracciato dall'art. 2 L. n. 219 del 1989. Mentre secondo la disciplina ordinaria la riapertura delle indagini è chiesta dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari, ossia ad un organo imparziale che interviene sull'archiviazione non *motu proprio*, ma solo, in funzione di controllo, dietro richiesta dell'organo d'accusa, nel caso in esame, invece, la revoca è chiesta da un pubblico ministero che

Se così stanno le cose, sembra difficile comprendere come si possa conciliare la disciplina in esame con le disposizioni del codice di rito, che, ai sensi dell'art. 1, 5° comma, L. n. 219 del 1989, debbono applicarsi al procedimento d'indagine collegiale, in quanto con esso compatibili.

Nel codice di procedura penale, la richiesta di archiviazione del pubblico ministero prelude all'eventuale avvio di un procedimento di controllo giurisdizionale dai lineamenti normativi complessi, finalizzato alla verifica di legittimità del provvedimento voluto dall'organo inquirente.

Nella procedura tratteggiata dalla legge costituzionale non solo non esiste una forma di controllo per così dire "di routine" sull'archiviazione decisa dal Collegio, ma neppure pare concepibile applicare un istituto quale l'opposizione della persona offesa (art. 410 c.p.p.), che presuppone la presenza di un giudice terzo, chiamato a decidere nel contrasto tra gli antitetici interessi dell'opponente e dell'organo intenzionato ad archiviare ⁽³³⁾.

Ora, il punto è che, a seguito della sentenza costituzionale n. 265 del 1990, lo stesso scenario sembra proiettarsi anche sulle investigazioni effettuate dal Collegio dopo il rilascio dell'autorizzazione a procedere, con un'aggravante: al termine della fase in discorso, l'alternativa decisoria affidata nelle mani dell'organo inquirente diventa quella tra archiviazione o esercizio dell'azione penale. In altre parole, all'assurdo di un eventuale esito abortivo del processo, deciso, in quasi completo solipsismo, dal Collegio, si aggiunge quello di un'azione esercitata dallo stesso organo che, sempre autonomamente, avrebbe effettuato incidenti probatori, deciso sulla libertà personale dell'indagato, provveduto ad eventuali proroghe sui termini delle indagini, etc.; da un organo che, in altre parole, non ha avuto mai modo né necessità di confrontare la costruzione progressiva dell'ipotesi accusatoria con le argomentazioni di un antagonista ovvero con la visuale teoricamente asettica del giudice per le indagini preliminari.

mai ha indagato, e tanto meno ha domandato l'archiviazione, all'organo che, in piena autonomia, l'ha decisa. Sembra ovvio chiedersi quanto sia verosimile che il Collegio sia disposto a tornare sui propri passi.

⁽³³⁾ In senso analogo A. TOSCHI, *Commento all'art. 8*, cit., 500.

Il quadro di un incontrastato ritorno ai meccanismi del codice abrogato diventa perfetto, laddove si rifletta quale peso psicologico possa avere sul giudice dibattimentale il fatto che l'accusa sia stata esperita non da una parte – quale è il pubblico ministero nella costruzione del codice 1988 – bensì da un organo composto da rappresentanti della magistratura giudicante, nonché voluto e costruito dalla L. Cost. n. 1 del 1989 come garante di un'indagine imparzialmente condotta⁽³⁴⁾.

È chiaro, a questo punto, che per ristabilire, sia pure in modo incompleto, i lineamenti di un procedimento *non troppo* divergente dall'impianto sistematico del codice di rito, l'unica soluzione è quella di evitare l'interpretazione estensiva dell'art. 1, 2° comma, L. n. 219 del 1989, ai sensi del quale il Collegio inquirente cumula in sé i poteri del pubblico ministero e quelli del giudice per le indagini preliminari. Occorre, insomma, che quel Collegio agisca, nella seconda fase investigativa, unicamente nell'alveo dei poteri e funzioni attribuiti d'ordinario all'organo inquirente.

È appena il caso di notare come siffatta *reductio ad unum* delle due anime alberganti nel Collegio *ex* art. 7 L. Cost. n. 1 del 1989, crei il problema di sottoporre un organo collegiale al controllo del giudice per le indagini preliminari, che è organo monocratico⁽³⁵⁾; ma, a ben vedere, si tratta di un inconveniente meramente "estetico" se paragonato con la gravità delle conseguenze derivanti da un'interpretazione diversa.

3. *Il problema dell'archiviazione con particolare riguardo ai procedimenti per reati di criminalità organizzata*

Con D.L. 20 novembre 1991, n. 367, convertito – non senza signifi-

⁽³⁴⁾ È quanto argomentava la dottrina precedente all'intervento della Corte costituzionale (sent. n. 265 del 1990), notando come la condizione apposta *in limine* dal Senato all'approvazione del disegno di legge presentato dall'altra Camera avesse evitato di «far nascere già vecchio il procedimento per i reati ministeriali». Così L.A. MAZZAROLI, *Commento all'art. 9*, cit., 509; esprimono analogo timore, alla luce delle vicende successive, D. MANZIONE, *Reati ministeriali e giudizio penale*, cit., 210; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 181.

⁽³⁵⁾ Per quest'osservazione v. A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 182.

cative modificazioni – dalla L. 20 gennaio 1992, n. 8, si è provveduto a creare un organismo centralizzato, competente per tutte le indagini relative ai reati di cui agli artt. 416 *bis* c.p. (associazione di tipo mafioso), 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione) e 74 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti), nonché ai reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dal nominato art. 416 *bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di cui allo stesso articolo.

Il mutamento introdotto nelle modalità di gestione delle indagini sui reati di criminalità organizzata, attraverso la creazione della cd. "Superprocura", è ampio ⁽³⁶⁾, ma non divergente – come pure si è argomentato ⁽³⁷⁾ – rispetto alla *voluntas legis* espressa nel codice, con riferimento al ruolo rivestito dall'organo dell'accusa.

In effetti, attraverso l'istituzione delle Procure distrettuali antimafia e di un ufficio centrale – la Direzione nazionale antimafia – cui è preposto l'organo incaricato della vigilanza sulle procure periferiche, ovvero il Procuratore nazionale antimafia, si è inteso «assicurare un ac-

⁽³⁶⁾ Sull'argomento v. AA.VV., *Commento al D.L. 20/11/1991 n. 367, conv. con modif. dalla L. 20/1/1992 n. 8*, in *Leg. Pen.*, 1992, 697; M. BARGIS, *Una svista... non irreparabile nella normativa sulla DNA*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, 129; E. FORTUNA, *Superprocura: giustizia spettacolo o efficienza giustizia?*, in *Riv. Pol.*, 1992, 161; A. GAITO e C. FIORIO, «*Superprocura*» ed indipendenza del pubblico ministero, in *Crit. Pen.*, 1993, fasc. 3-4, 21; A. GAITO, *Indipendenza del p.m. e «superprocura»*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari, 1994, p. 149; S. PANAGIA, *Indipendenza del pubblico ministero e superprocura: alcune riflessioni sul tema*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, 1073; L. ROVELLI, *Superprocura, supercassazione: considerazioni generali di ordinamento giudiziario*, in *Quest. Giust.*, 1991, 856; G. SALVI, *Funzioni e poteri del procuratore nazionale antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1079; G. SANTALUCIA, *Spunti critici sulla riorganizzazione degli uffici di Procura in tema di delitti di mafia*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, 266; G. TURONE, *Considerazioni in margine alla relazione del CSM sulle problematiche relative alla Procura nazionale antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1994, 1412; L. VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata. Relazione della Commissione parlamentare antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1992, 474.

⁽³⁷⁾ V., in tal senso, G. SANTALUCIA, *Spunti critici*, cit., 268, argomentando dall'assunto che il legislatore avrebbe inteso «personalizzare» l'esercizio della funzione d'accusa, costruendola quale potere "diffuso", disegno rispetto al quale mal si adatterebbe la centralizzazione perseguita dal decreto-legge istitutivo della "Superprocura".

cettabile livello di coordinamento tra le varie inchieste»⁽³⁸⁾ in materia di criminalità organizzata, realizzando un obbiettivo che il legislatore del codice aveva proposto senza perseguire fino in fondo. Da un lato, infatti, la stessa costruzione del nuovo rito, quale percorso procedimentale costellato di scelte “tattiche” molteplici⁽³⁹⁾ – dall’alternativa tra azione e archiviazione, a quella tra giudizio ordinario o riti semplificati – sottointendeva un ufficio dell’accusa che agisse secondo strategie flessibili certo, ma comunque preordinate; d’altro canto, proprio in vista dei peculiari problemi creati dalle complesse investigazioni in materia di criminalità organizzata, il legislatore del 1988 aveva dettato una norma – l’art. 371 c.p.p. – mirante a coordinare l’attività degli uffici d’accusa nel caso delle cosiddette indagini collegate.

Era, come subito notato dalla dottrina⁽⁴⁰⁾, una disposizione “tronca”, abbandonata nel limbo dei pii propositi, visto che l’obbiettivo del coordinamento rimaneva integralmente affidato alla buona volontà o all’etica professionale dei singoli uffici coinvolti nel “collegamento”.

Un primo intervento del legislatore, indirizzato a rendere effettiva l’istanza coordinatrice espressa dall’art. 371 c.p.p., si era risolto nell’inserimento dell’art. 118 *bis* disp. att. c.p.p., in cui il Procuratore generale presso la Corte d’appello fungeva da canale di collegamento tra i diversi uffici di procura interessati dalle indagini in materia di criminalità organizzata e, al tempo stesso, era l’organo incaricato di promuovere una riunione tra Procuratori della Repubblica, allorché il desiderato coordinamento mancasse⁽⁴¹⁾. Anche la regola in discorso, però, costi-

(38) Così A. GAITO, *Indipendenza del p.m.*, cit., p. 157.

(39) È la prospettiva compiutamente delineata da A. GAITO, *Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di scelta e strategia processuale*, in *I giudizi semplificati*, a cura di A. Gaito, Padova, 1989, p. 7.

(40) In termini particolarmente efficaci v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 198. Sull’argomento cfr. pure F. COPPI, *Disorientamenti applicativi in tema di coordinamento delle indagini collegate*, in *Accusa penale*, cit., p. 209; A.A. DALIA, *Il problema del coordinamento, dei collegamenti e dei controlli nell’esercizio della funzione d’accusa*, ivi, p. 74; L. D’AMBROSIO, Art. 371, in *Commento*, cit., IV, 1990, p. 300; L. MARAFIOTI, *Il coordinamento «spontaneo» tra diversi uffici del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 1075; S. PANAGIA, *Indipendenza del pubblico ministero*, cit., 1073; P.L. VIGNA, *Il processo accusatorio nell’impatto con le esigenze di lotta alla criminalità organizzata*, in *Giust. Pen.*, 1991, III, 470.

(41) Sui rapporti tra quest’ultima disposizione e la legge istitutiva della “Superprocura” v. M. BARGIS, *Una svista... non irreparabile*, cit., 129.

tuiva un'arma spuntata, affidata nelle mani di Procuratori generali sostanzialmente impossibilitati a fare alcunché, quand'anche le citate riunioni tra investigatori non avessero dato i risultati sperati ⁽⁴²⁾.

Con l'art. 372, comma 1 *bis*, c.p.p., introdotto con D.L. 9 settembre 1991, n. 292, convertito con L. 8 novembre 1991, n. 356, il legislatore ha intrapreso la svolta decisiva nella regolamentazione della materia, sostanzialmente anticipando strutture risolutorie proprie del decreto istitutivo della Superprocura: ai sensi della norma, infatti, il mancato coordinamento delle indagini collegate, permanente anche a seguito delle riunioni di cui all'art. 118 *bis* disp. att. c.p.p., induce l'avocazione delle indagini ad opera del Procuratore generale ⁽⁴³⁾. Insomma, con l'introduzione del comma 1 *bis* nell'art. 372 c.p.p., il legislatore porta a termine la lunga parabola costruttiva di un istituto – appunto il coordinamento delle indagini collegate – che era stato solo sommariamente delineato nella struttura originaria del codice di rito.

Nella medesima ottica, pare di dover sottolineare come l'istituzione, ad opera del D.L. 20 novembre 1991, n. 367, di un organismo centralizzato, facente capo alla Direzione nazionale antimafia e competente per tutti i reati elencati nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., si limiti, in fondo, a condurre a conseguenza un disegno implicito nella prospettiva del coordinamento tracciata dal codice con l'art. 371 c.p.p. ⁽⁴⁴⁾.

Al centro delle critiche rivolte verso la nuova disciplina sono i poteri attribuiti dall'art. 371 *bis* c.p.p. (inserito dall'art. 7 D.L. n. 367 del

⁽⁴²⁾ In tal senso v. G. SALVI, *Art. 118 bis*, in *Commento*, cit., I, *La normativa complementare*, 1992, p. 423; L. VIOLANTE, *La formazione della prova*, cit., 480. Rimaneva pur sempre chiaro, come sottolineato da taluno, che il coordinamento delle indagini collegate costitutiva e costituisce un obbligo vincolante sul piano deontologico e quindi rilevante sotto il profilo disciplinare, a prescindere dal fatto che mancassero sanzioni processuali nel caso di comportamenti devianti dallo schema legislativo. Così G. SALVI, *Funzioni e poteri*, cit., 1079.

⁽⁴³⁾ Per un confronto tra l'avocazione prevista dall'art. 372, comma 1 *bis*, c.p.p. e quella effettuata dal p.n.a., ai sensi dell'art. 371 *bis* c.p.p., v. G. SALVI, *Art. 7*, in *Leg. Pen.*, 1992, 724.

⁽⁴⁴⁾ Sostanzialmente in tal senso v. L. VIOLANTE, *La formazione della prova*, cit., 481. *Contra* v. L. ROVELLI, *Superprocura, supercassazione*, cit., 860; G. SANTALUCIA, *Spunti critici*, cit., 268. Anche G. SALVI, *Art. 6*, in *Leg. Pen.*, 1992, 718, sottolinea come la legge istitutiva della "Superprocura" abbia operato una «ferma inversione di rotta rispetto alle scelte del legislatore del 1988 in tema di organizzazione degli uffici del pubblico ministero».

1991) al Procuratore nazionale antimafia. Ai sensi della norma, infatti, il nuovo organo è abilitato ad impartire direttive, finalizzate all'ottimizzazione nell'impiego della direzione investigativa antimafia e dei servizi di polizia, nonché alla prevenzione e risoluzione di contrasti tra Procure distrettuali; esercita funzioni d'impulso indirizzate a promuovere il coordinamento delle indagini e, sempre a scopo di ottimizzazione dell'attività investigativa, stabilisce applicazioni temporanee dei magistrati appartenenti alla Direzione nazionale antimafia; *dulcis in fundo*, avoca le indagini in caso d'inerzia investigativa ovvero qualora manchi il coordinamento agognato, nonostante le riunioni indette dal medesimo Procuratore nazionale allo scopo di promuoverlo.

Si tratta, è chiaro, di una somma di poteri solo in parte sovrapponibili a quelli spettanti d'ordinario al Procuratore generale presso la Corte d'appello nei confronti delle Procure comprese nel suo distretto; poteri inconciliabili, a detta di alcuni, tanto con l'originaria costruzione codicistica – in quanto aliena da forme di verticalizzazione gerarchica tra uffici del pubblico ministero – ⁽⁴⁵⁾ come pure con i principi costituzionali e, in particolare, col canone di obbligatorietà, che impone, anche per il pubblico ministero «la dipendenza esclusiva, e non mediata, dalla legge» ⁽⁴⁶⁾.

A ben vedere, come si è avuto modo di porre in evidenza trattando lo specifico tema dell'avocazione, il codice ha in realtà *evitato* di effettuare una scelta precisa in tema di organizzazione del pubblico ministero ⁽⁴⁷⁾, perpetuando così una tattica legislativa ormai assai diffusa, che si risolve nel “dribblare” aree definitorie controverse e rimandarne la coloritura “definitiva” all'interprete ⁽⁴⁸⁾.

In questo senso, un problema di compatibilità tra l'ottica codicistica in materia di organizzazione del pubblico ministero e legge istitutiva

⁽⁴⁵⁾ V. chiaramente in tal senso G. SALVI, *Art. 6*, cit., 718; G. SANTALUCIA, *Spunti critici*, cit., 268.

⁽⁴⁶⁾ Così L. ROVELLI, *Superprocura, supercassazione*, cit., 861.

⁽⁴⁷⁾ Cfr., per tutti, G.P. VOENA, *Appunti sulle funzioni del procuratore generale presso la corte d'appello*, in *Accusa penale*, cit., p. 313.

⁽⁴⁸⁾ Sull'argomento v. le interessanti considerazioni di M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., p. 140 e V. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, *ivi*, p. 131. Sull'attuale carattere delle leggi, quali strumenti di precaria mediazione tra opposti interessi politici e partitici, v. pure L. ROVELLI, *Superprocura*, cit., 859.

della "Superprocura" non si pone affatto, soprattutto ove si consideri come, tutto sommato, la disciplina che qui si commenta non si sottrae ad una, più che impalpabile, ambiguità di fondo, dovuta anche, ma non soltanto, alle interpolazioni subite dal D.L. n. 367 del 1991 in sede di conversione.

Il riferimento va, in particolare, alla lett. d dell'art. 7, 3° comma, D.L. n. 367 del 1991 – che attribuiva al Procuratore nazionale antimafia il potere/dovere d'individuare i temi investigativi e orientare i piani d'indagine per tutto il territorio dello Stato – e al numero 3 dell'elenco contenuto nella lettera h) dello stesso comma, in base al quale l'avocazione delle indagini aveva luogo anche in caso grave e reiterata inosservanza delle direttive impartite dal Procuratore medesimo allo scopo di prevenire o risolvere contrasti tra gli indaganti.

Le disposizioni in parola conferivano indubbiamente all'autorità sovraordinata poteri d'interferenza sui modi di gestione dell'attività investigativa affidata alle Procure distrettuali, certo più significativi di quelli rimasti intatti dopo la conversione del decreto-legge. Anzi, esattamente la loro pregnanza ne ha causato l'abiura, in quanto latori di una troppo evidente "cifra di verticalizzazione" degli uffici inquirenti⁽⁴⁹⁾.

La medesima sorte ha subito, già in sede di redazione definitiva del decreto-legge, quella parte dell'art. 9 in cui si prevedeva non solo la sorveglianza del Procuratore generale presso la Corte di cassazione sull'organo vertice della "Superprocura" (art. 9, 1° comma, D.L. n. 367 del 1991), ma anche che il Procuratore generale recepisce gli indirizzi di politica criminale elaborati dal Governo e approvati dal Parlamento, per poi riferire ai Presidenti delle Camere in merito all'attività svolta dal Procuratore antimafia⁽⁵⁰⁾.

Quel che è rimasto dell'art. 9 D.L. n. 367 del 1991 ha il suono altisonante, ma vuoto delle disposizioni compromissorie, che consentono ogni lettura, in quanto nulla dicono: la sorveglianza del Procuratore generale sul Procuratore nazionale antimafia è del tutto formale e priva

⁽⁴⁹⁾ V. in proposito A. GAITO e C. FIORIO, «*Superprocura*», cit., 22; G. SALVI, *Art. 7*, cit., 731.

⁽⁵⁰⁾ Sull'argomento, in termini fortemente critici verso l'eliminazione della disciplina in discorso, v. A. GAITO, *Indipendenza del pm*, cit., p. 158. In proposito cfr. pure G. SALVI, *Art. 9*, in *Leg. Pen.*, 1992, 738.

di oggetto, in quanto manca un programma di cui controllare l'effettiva realizzazione; così come inutile è l'affidamento allo stesso Procuratore generale dell'onere di riferire, durante la cerimonia d'inaugurazione dell'anno giudiziario, circa i risultati ottenuti dalle Direzioni nazionale e distrettuali antimafia ⁽⁵¹⁾.

Una volta introdotta, per sommi capi, la disciplina dettata dal legislatore con precipuo riferimento alle indagini su reati di criminalità organizzata, è il caso di esaminarne i profili attinenti all'esercizio dell'azione penale.

In apparenza, non esistono disposizioni che implicino sostanziali differenze tra la fase di chiusura delle attività investigative regolate dal D.L. n. 367 del 1991 e quella delle ordinarie indagini preliminari. In realtà, un esame appena più accorto rivela come i possibili punti "oscuri" della disciplina dettata dal provvedimento ora citato, siano più d'uno e concernono tanto l'esercizio dell'azione penale, quanto l'atto con cui di essa si neghino i presupposti, ossia l'archiviazione.

Un primo problema appare collegato con le difficoltà definitorie presentate da alcune delle fattispecie di reato attribuite dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. alla competenza delle Procure distrettuali antimafia ⁽⁵²⁾. Particolarmente controversa ⁽⁵³⁾ appare la sussunzione delle varie ipotesi pratiche nella "clausola di chiusura" prevista dalla norma ora citata, ai sensi della quale la competenza delle Procure distrettuali si estende anche a comprendere tutti quei reati che siano commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni considerate dallo stesso articolo.

Il problema interpretativo suscitato, nella pratica, dalla lettera dell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., è grave non solo perché, obliterandolo, si rischia di ampliare enormemente l'area di competenza della "Superprocura", trattando come procedimenti per "mafia" quelli che tali, magari, non sono (con tutte le conseguenze che ne derivano anche a livello di strumenti investigativi e probatori, dato il crescente numero di

⁽⁵¹⁾ In senso analogo v. A. GAITO, *Indipendenza del p.m.*, cit., p. 158.

⁽⁵²⁾ Sull'argomento è utile la lettura di O. LUPACCHINI, *La definizione legislativa di criminalità organizzata*, in *Giust. Pen.*, 1992, I, 178.

⁽⁵³⁾ V. in proposito le attente considerazioni di D. MANZIONE, *Artt. 3-4-5*, in *Leg. Pen.*, 1992, 707.

disposizioni codicistiche “specializzate”, applicabili solo in presenza di processi “mafiosi”), ma, perché esso incide sulla “validità” dell’azione penale esercitata.

Si consideri l’ipotesi in cui il Procuratore distrettuale chieda il rinvio a giudizio postulando, nell’atto d’imputazione, la ricorrenza di reato “mafioso”, ma il giudice del dibattimento o, ancor prima, quello dell’udienza preliminare, neghino la ricorrenza di una delle fattispecie considerate dall’art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. Si rifletta, ancora, come, per il giudice dell’udienza preliminare, l’indagine relativa alla “mafiosità” del supposto reato costituisca un *prius*, rispetto a quella costituente l’oggetto dell’udienza in discorso, in quanto indagine sulla ritualità della propria investitura ⁽⁵⁴⁾, visto che, ai sensi dell’art. 328, comma 1 *bis*, c.p.p. il giudice per le indagini preliminari su reati di criminalità organizzata non è quello ordinariamente competente, bensì un magistrato del tribunale del capoluogo di distretto.

Sorge, dunque, il problema di stabilire quali conseguenze debbano verificarsi nel caso in cui uno dei due magistrati neghi al reato oggetto dell’imputazione i connotati che ne statuiscono l’appartenenza alle categorie enumerate dall’art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.

Ora, dato per accertato che il giudice dell’udienza preliminare “distrettuale” è territorialmente incompetente rispetto ai reati non rientranti nelle categorie in discorso, la questione non pare potersi risolvere *sic et simpliciter* mediante una declaratoria d’incompetenza con cui l’organo ordini il rinvio degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente, in applicazione della regola di cui all’art. 22, 3° comma, c.p.p. ⁽⁵⁵⁾. La peculiare normativa del D.L. n. 367 del 1991, infatti, produce l’inversione della disciplina ordinaria per cui la “competenza” del pubblico ministero non è altro che un riflesso della competenza dell’organo giurisdizionale presso cui ha sede ⁽⁵⁶⁾. Nel decreto istitutivo della “Superprocura”, invece, il magistrato dell’accusa ha una “competenza” propria, influente, ai sensi dell’art. 328, comma 1 *bis*, c.p.p.,

⁽⁵⁴⁾ Cfr., per utili spunti, A. GAITO, voce *Procedibilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 804.

⁽⁵⁵⁾ Sulle conseguenze della pronunzia giurisdizionale declaratoria dell’incompetenza v., da ultimo, le chiare considerazioni di M. MARGARITELLI, *Questioni nuove in rapporto alla declaratoria d’incompetenza del giudice penale*, in *Giur. Cost.*, 1993, 696.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. D. MANZIONE, *Artt. 3-4-5*, cit., 710.

anche su quella del giudice per le indagini preliminari, trasformato in organo "distrettuale" al pari delle procure.

Per effetto di tale disciplina, il pubblico ministero che eserciti l'azione dinanzi al giudice per l'udienza preliminare distrettuale, in mancanza dei presupposti che legittimano tanto la propria, quanto la competenza dell'organo giurisdicante, induce non solo l'incompetenza per ragione di territorio del giudice adito, ma anche, e soprattutto, l'invalidità dell'azione esercitata. L'esito è chiaro: la questione territoriale diventa irrilevante, dovendosi dichiarare nullo il processo invalidamente instaurato.

La dottrina, in effetti, ha già da tempo riconosciuto che «il pubblico ministero è possibile attore solo davanti al giudice presso cui ha sede»⁽⁵⁷⁾; fuori dai limiti della sua "competenza" non ha potere e il relativo atto introduttivo del processo rientra a pieno titolo tra le ipotesi di cui alla lett. *b* dell'art. 178 c.p.p., ai sensi del quale è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale. Nullità assoluta in base al disposto dell'art. 179, 1° comma, c.p.p.

La situazione è ancora più chiara qualora sia il giudice del dibattimento a riconoscere che il reato contestato non rientri tra quelli previsti dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.; in tal caso, infatti, non si pone neppure la questione di una sua eventuale incompetenza, visto che il giudice del dibattimento non è coinvolto dagli spostamenti territoriali indotti dal D.L. n. 367 del 1991, ma solo ed esclusivamente quella dell'"incompetenza" del pubblico ministero, che avrebbe esercitato l'azione dinanzi ad un giudice presso il quale non è costituito, così spogliando il "legittimo" organo dell'accusa⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., pp. 196 e 969. Sull'argomento v. pure gli attenti rilievi di O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 273.

⁽⁵⁸⁾ Non pare condivisibile l'idea di applicare analogicamente l'art. 26 c.p.p., per cui «l'inosservanza delle norme sulla competenza non produce l'inefficacia delle prove già acquisite» (per questa opinione v. D. MANZIONE, *Artt. 3-4-5*, cit., 713). A ben vedere, infatti, quella regola, è stata dettata per regolare ipotesi in cui è il giudice ad essere incompetente e non anche, o soltanto, il pubblico ministero; situazione ben diversa, che produce la nullità dell'intero processo, sostanzialmente privo di un valido atto d'esercizio dell'azione penale.

Dalla peculiare "competenza" delle Procure distrettuali per tutti i reati di criminalità organizzata commessi nel loro territorio e dalla corrispondente creazione di un giudice per le indagini preliminari, ugualmente competente per l'intero distretto, nascono ulteriori problemi concernenti l'esercizio dell'azione penale e l'archiviazione.

Mentre, infatti, l'inglobamento dei reati previsti dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. nell'alveo delle indagini gestite da Procure distrettuali – e, quindi, la sottrazione dei medesimi agli organi territorialmente competenti – non crea attriti rispetto al principio del giudice naturale precostituito, di cui all'art. 25, 1° comma, Cost., le cose stanno diversamente per quanto concerne la particolare competenza del giudice per le indagini preliminari distrettuale. Se il ruolo di quest'organo si esaurisse in quell'intervento *ad acta* che gli appartiene nel corso delle fase investigante, non vi sarebbe affatto bisogno di interrogarsi circa la legittimità costituzionale di una disciplina che sottrae l'indagato non al *suo* giudice, ma ad un magistrato interveniente, in funzione quasi notarile, a garantire la legittimità di determinati provvedimenti adottabili nel corso di una fase *non* giurisdizionale.

Il punto è, però, che quel medesimo giudice è "costruito" dal codice – e dall'art. 328, comma 1 *bis*, c.p.p., che richiama appunto le norme ordinarie per definire i compiti del giudice distrettuale – quale organo di controllo tanto nei confronti dell'azione esercitata, quanto nei confronti dell'atto con cui il pubblico ministero decide di non procedere oltre. In altre parole, il giudice per le indagini preliminari distrettuale è l'organo che deciderà sull'udienza *ex* art. 416 e ss. c.p.p. o sulla richiesta di archiviazione.

Ora, entrambi i provvedimenti in discorso, pur avendo sicura natura di rito, e non di merito, inducono, in concreto, effetti radicali sulla posizione dell'indagato, traducendosi in decisioni potenzialmente liberatorie ovvero, al contrario, continuative del processo. Eppure, stando al tenore dell'art. 328, comma 1 *bis*, c.p.p., provvedimenti tanto rilevanti per la sorte della persona sottoposta a procedimento penale, vengono assunti da un giudice che sicuramente non è naturale ⁽⁵⁹⁾, in

⁽⁵⁹⁾ Si dà qui per presupposta la c.d. interpretazione disgiuntiva della formula contenuta nell'art. 25 Cost, ovvero quella che attribuisce distinto valore imperativo ai termini «naturale» e «precostituito», riferendo il primo alla necessità di un collegamento tra competenza del giudice e *locus commissi delicti* e, il secondo, al divieto di

quanto diverso da quello del *locus commissi delicti*, e, a ben vedere, neppure risulta precostituito, stante la vaghezza delle fattispecie di reato rientranti nella competenza delle "Superprocure", nonché, *last but not least*, la flessibilità delle ipotesi di connessione, introdotte nell'art. 12 c.p.p. dal D.L. n. 367 del 1991 ⁽⁶⁰⁾.

Così com'è, dunque, la disposizione dell'art. 328, comma 1 *bis*, c.p.p. non si sottrae ad una palese incostituzionalità per violazione del principio del giudice naturale, comunque lo si voglia intendere. L'unica via per ricondurre la norma entro parametri accettabili passa attraverso un suo "ripensamento" interpretativo che limiti le competenze del giudice per le indagini preliminari distrettuale a quelle di organo che interviene "saltuariamente", quale garante d'imparzialità nel corso delle investigazioni, e gli sottragga ogni competenza decisoria sulle sorti della *notitia criminis*, tanto nel caso in cui il pubblico ministero si decida per l'archiviazione, quanto nell'ipotesi in cui, invece, proceda alla richiesta di rinvio a giudizio.

La proposta è meno divagante di quanto possa sembrare ad un primo approccio. Sono note le esigenze che hanno indotto il legislatore a concentrare in capo ad un unico organo "distrettuale" la competenza per i reati di criminalità organizzata altrimenti distribuita tra i vari g.i.p. territoriali: si è inteso evitare che «il p.m. investito unitariamente di una vicenda processuale "di mafia" si trovasse costretto a frammentare

«varianti *post factum* alla competenza» (in questi termini F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 114). Per un primo approfondimento del principio contenuto nell'art. 25 Cost. v. E.T. LIEBMANN, *Giudice naturale e costituzione del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 331; S. MATTONE, *Il giudice naturale*, in *Quest. Giust.*, 1985, 561; M. NOBILI, *Art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 135; M. PISANI, *La garanzia del «giudice naturale» nella Costituzione italiana*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1961, 414; A. PIZZORUSSO, voce *Giudice naturale*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, p. 1; R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, I, Milano, 1981; C. TAORMINA, *Giudice naturale e processo penale*, Roma, 1972. È chiaro che qualora si accolga l'opinione secondo la quale la formula «giudice naturale precostituito» non è che un'endiadi, alludente solo al divieto di giudici speciali o di variazioni della competenza realizzate dopo il commesso reato, la disciplina dell'art. 328, comma 1 *bis*, c.p.p. non risulterà criticabile a causa della sottrazione di competenza che essa realizza nei confronti del "g.i.p. territoriale". In questo senso v. L. VIOLANTE, *La formazione della prova*, cit., 483. *Contra*, v. D. MANZIONE, *Art. 12*, in *Leg. Pen.*, 1992, 749. In giurisprudenza, per l'orientamento criticato, v. G.i.p. Trib. Genova, 14 giugno 1994, Merendino, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1994, 396.

⁽⁶⁰⁾ V., in proposito, D. MANZIONE, *Art. 1*, in *Leg. Pen.*, 1992, 697.

strumentalmente il procedimento al fine di ottenere... provvedimenti necessari al prosieguo delle indagini, ovvero provvedimenti cautelari di tipo personale o reale»⁽⁶¹⁾. Esigenze concernenti l'efficienza del lavoro investigativo, dunque, ed, in ultima analisi, una concreta ottemperanza all'obbligo d'esercizio dell'azione penale⁽⁶²⁾. Una volta sottolineato questo, resta, però, da dire che non esiste necessità di tutelare le esigenze in parola né in sede di udienza preliminare e neppure in quella fase abortiva del procedimento in cui si risolve l'archiviazione.

Nel primo caso, infatti, la richiesta di rinvio a giudizio e la conseguente udienza preliminare, costituiscono l'immediato preludio al risorgere delle ordinarie regole di competenza che vigono per il dibattimento, mentre l'attività indagante e le relative esigenze pratiche di contiguità tra Procura e giudice per le indagini preliminari "distrettuali", risultano tendenzialmente esaurite.

A maggior ragione, poi, esse paiono venir meno nel caso in cui il pubblico ministero si accinga a *concludere* il procedimento con una richiesta d'archiviazione.

Una volta escluso che dette esigenze permangano, con la stessa intensità che caratterizza le indagini preliminari, anche nelle ipotesi ora esaminate, è d'obbligo ritenere che il principio del giudice naturale, compreso nella fase investigativa per dar rilievo a canoni in quella sede preminenti, riacquisti tutta la sua ampiezza, informando di sé la scelta del giudice competente per l'archiviazione e per l'udienza preliminare.

Volendo adoperare uno schema ricostruttivo utile alla lettura dell'art. 328, comma 1 *bis*, c.p.p., si potrebbe dire che quella norma prevede una forma di assunzione a titolo originario delle funzioni solitamente spettanti ad altro organo⁽⁶³⁾, per cui, una volta cessate le esi-

(61) Così D. MANZIONE, *Art. 12*, cit., 751. In senso sostanzialmente analogo v. pure M.V. CORINI, *Direzione distrettuale antimafia e udienza preliminare*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1994, 396; R. MARINO, *Il ruolo e l'organizzazione del g.i.p. nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Quest. Giust.*, 1994, 179.

(62) Sottolinea la rilevanza di questo profilo nella complessiva disciplina della "Superprocura", G. SALVI, *Art. 6*, cit., 719.

(63) Sulla concetto di assunzione di funzioni, a titolo originario o derivativo (trasferimento di funzioni), v. la ricca monografia di A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, p. 21. Non adoperabile, nel caso di specie, pare, invece, lo schema strutturale proprio della "delega di funzioni". Anzitutto, la figura presuppone un trasferimento fondato sì sulla legge, ma avente titolo

genze in vista delle quali la legge prevede l'acquisto delle funzioni medesime, riacquista validità l'ordine primitivo delle competenze ⁽⁶⁴⁾.

attizio, mentre nel caso che qui si discute, lo spostamento di funzioni avviene senza che intercorra alcun rapporto traslativo tra g.i.p. territoriale e g.i.p. distrettuale. In secondo luogo, nella visuale della dottrina amministrativistica, la delega comporta un potere di direttiva e controllo del delegante sul delegato, nonché la permanenza, in capo al delegante, del potere di revocare la delega già effettuata. Si aggiunga, poi, che la stessa incertezza definitoria del concetto di delegazione amministrativa costituisce un notevole deterrente per chi intenda adoperare il concetto al di fuori del suo campo applicativo più tradizionale: lo stesso A. FIORELLA (*Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 21) si rifiuta d'inquadrare il trasferimento di funzioni oggetto della sua indagine nella figura della delega, a causa della sua natura controversa e della sua incapacità a raccogliere numerosi casi concreti di trasferimento di funzioni. Sulla delega amministrativa v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2^a ed., 1988, p. 315.

⁽⁶⁴⁾ In senso conforme alla soluzione proposta v. M.V. CORINI, *Direzione distrettuale antimafia*, cit., 396, con interessanti considerazioni sull'argomento.

CAPITOLO QUINTO

I CONTROLLI SUGLI ADDEBITI PROVVISORI

SOMMARIO: 1. I prodromi dell'azione. – 2. Controlli sul potere cautelare. – 3. Controlli sui tempi delle indagini.

1. *I prodromi dell'azione*

Nelle pagine precedenti si è visto come l'ordinamento sottoponga al controllo della *iurisdictio* l'atto con cui il pubblico ministero decide di abbandonare la "persecuzione" del reato richiedendo l'archiviazione.

Si è pure constatato come questa scelta dell'organo indagante si collochi, dal punto di vista temporale, al termine di una serie d'indagini finalizzate, nell'intento legislativo, proprio a rendere possibile una soluzione ponderata dell'alternativa azione/archiviazione (art. 326 c.p.p.).

Insomma, nel corso dell'inchiesta preliminare, quell'immagine dell'accadimento storico che appare adombrata in tratti approssimativi dalla *notitia criminis*, viene precisata grazie all'attività investigante sino ad assumere i lineamenti cristallizzati nell'imputazione, ovvero giustificanti "l'esito archiviativo".

Già sotto la vigenza del codice abrogato, la dottrina era solita ravvisare nell'attività istruttoria, considerata dal punto di vista dinamico, un processo di "formazione progressiva dell'addebito", quale percorso gnoseologico attraverso stadi ricostruttivi dell'accadimento storico proiettati, dall'ipotesi massima della *notitia criminis*, verso la certezza convenzionale della sentenza definitiva ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Per questa impostazione v. F. CARNELUTTI, *Cenni sull'imputazione penale*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, p. 168; nonché O. DOMINIONI, voce

Nel sistema attualmente vigente, l'art. 405, 1° comma, c.p.p. enumera una serie di atti tipici con cui il pubblico ministero esercita l'azione penale, fissando, al tempo stesso, con l'imputazione, l'addebito definitivo ⁽²⁾. Programmaticamente, perciò – ed inesorabilmente – qualsiasi atto, diverso da quelli enumerati nell'art. 405 c.p.p., con cui l'organo inquirente attribuisca, nel corso delle indagini preliminari, un reato ad una data persona ⁽³⁾, si configura quale fattispecie provvisoria, suscettibile di modifica «sino a che non si è completata l'attività di progressiva individuazione del fatto di reato con il passaggio alla fase processuale vera e propria» ⁽⁴⁾. Così, ad esempio, l'enunciazione dell'addebito contenuta nell'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio di cui all'art. 375, 3° comma, c.p.p., o nell'informazione di garanzia; l'identica informativa effettuata dal pubblico ministero durante l'interrogatorio dell'arrestato o del fermato (art. 388, 2° comma, c.p.p.); l'enunciazione contenuta nella richiesta di misure coercitive (art. 291 c.p.p.), di proroga del termine per le indagini (art. 406 c.p.p.),

Imputazione, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 820. Sull'argomento in generale v. G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 340; F. CORDERO, voce *Giudizio*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 883; O. DOMINIONI, *Art. 50*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. 287; E. MARZADURI, voce *Imputato e imputazione*, in *Dig. It. Discipline Penalistiche*, VI, Torino, 1992, p. 278; P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria*, Padova, 1969, p. 38; V. PERCHINUNNO, voce *Imputazione (capi di)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1; L. SANSÒ, *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1953, p. 204; A. SANTORO, voce *Imputazione (diritto processuale penale)*, in *Novissimo Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 462.

⁽²⁾ Il legislatore del 1988 ha così mostrato di aderire a quell'orientamento dottrinale che, già sotto la vigenza del codice 1930, aveva postulato la coincidenza tra atto imputativo e promovimento dell'azione (cfr. O. DOMINIONI, voce *Imputazione*, cit., p. 820), negando, viceversa, cittadinanza alla tesi che azione e imputazione afferissero a momenti diversi dell'*iter* procedimentale, argomentando come, altrimenti, «tutte le volte che vi fosse un'eccezione al principio *ne procedat iudex ex officio*... come nel procedimento pretorile, si dovrebbe trarre la conclusione che, mancando il promovimento dell'azione penale, non vi sarebbe l'imputazione» (così V. PERCHINUNNO, voce *Imputazione*, cit., p. 4).

⁽³⁾ L'imputazione, quale che sia il grado del suo processo evolutivo colto dall'occasionale osservatore, si presenta come fenomeno dotato di un nucleo costante, dalla *notitia criminis* in poi: l'attribuzione di un dato accadimento storico ad un certo autore. Cfr., in tal senso, O. DOMINIONI, voce *Imputazione*, cit., p. 819.

⁽⁴⁾ V. E. MARZADURI, voce *Imputato e imputazione*, cit., p. 283.

di autorizzazione a disporre intercettazioni telefoniche (art. 267 c.p.p.). Ognuno di questi atti, pur contenendo una rappresentazione, ora più ora meno precisa, dell'accadimento storico – fatto e presunto autore – si colloca al di fuori del concetto d'imputazione quale addebito definitivo tipicamente conformato secondo le fattispecie descritte nell'art. 405 c.p.p. ⁽⁵⁾.

L'individuazione di una serie di atti aventi a proprio necessario contenuto un addebito provvisorio non salirebbe oltre l'importanza propria del mero inquadramento dogmatico ⁽⁶⁾ se non fosse che, da un lato, alcuni di questi atti presuppongono l'intervento di un magistrato imparziale chiamato a giudicare sulla fondatezza dell'enunciato, e che, d'altro canto, questi atti o, piuttosto, l'esito del controllo condotto dal giudice nel corso delle indagini, si pongono come significativi antecedenti della validità delle scelte effettuate dal pubblico ministero al termine delle indagini medesime.

⁽⁵⁾ Cfr., in tal senso, O. DOMINIONI, *Art. 60*, in *Commentario*, cit., I, p. 383; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, p. 85; V. PERCHINUNNO, voce *Imputazione (capo di)*, cit., p. 9; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, p. 89. Va precisato che, secondo O. DOMINIONI, *Art. 60*, cit., p. 385, la c.d. informazione di garanzia non integrerebbe neppure gli estremi dell'addebito provvisorio, trattandosi di atto caratterizzato da finalità garantistiche e difensive e, pertanto, del tutto inidoneo a sottendere quell'*opinio delicti* indispensabile affinché possa parlarsi di "imputazione", sia pure "preliminare". Sembra opportuno dissentire da quest'orientamento autorevole, in quanto la finalità di garanzia, certamente caratterizzante l'atto *de quo*, non esclude, ed anzi, a ben vedere, sottointende l'*opinio delicti*, altrimenti non avrebbe senso di esistere neppure lo scopo garantistico e difensivo perseguito con l'atto previsto dall'art. 369 c.p.p.

⁽⁶⁾ Non crediamo risulti produttiva di risultati utili, né sotto il profilo pratico, né sotto quello scientifico, la ricerca di criteri atti a discernere i caratteri distintivi dei c.d. "addebiti provvisori" dall'"addebito definitivo" contenuto nell'imputazione. Nella prassi, la distinzione è pressoché inutile, visto e considerato che l'art. 405 c.p.p. contiene un elenco di atti tipici, configuranti "imputazione", per cui neppure sorge la necessità di chiarire se, con un dato comportamento, il pubblico ministero abbia inteso o meno esercitare l'azione penale. D'altro canto, sostenere che solo gli atti imputativi in senso proprio contengono la «dichiarazione di volontà» del pubblico ministero che si dia inizio al processo, mentre i c.d. addebiti provvisori conterrebbero sì un giudizio di colpevolezza, ma non la volontà di procedere (cfr., in tal senso, A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 93), significa cercare nel sistema un *signum* distintivo assai equivoco anche dal punto di vista dogmatico, ancorato com'è ad un criterio del tutto soggettivo ed opinabile. In realtà, l'unica sostanziale differenza tra una richiesta di custodia cautelare e una richiesta di rinvio a giudizio sta nel fatto che... si tratta di atti assolutamente diversi e fondamentalmente incomparabili.

Sotto questo profilo, sembrano particolarmente rilevanti due tipi di evenienze occasionalmente ricorrenti nel corso delle indagini preliminari, ovvero anzitutto la richiesta di emissione di un provvedimento cautelare e, in secondo luogo, il controllo sul rispetto dei tempi imposti alle indagini.

2. Controlli sul potere cautelare

L'art. 273, 1° comma, c.p.p. statuendo che «nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza» impone una prima fondamentale condizione di legittimità per la richiesta e la conseguente imposizione di una misura coercitiva: quel *fumus boni iuris* che assicura il collegamento tra effetto provvisorio del provvedimento cautelare ed effetto definitivo della *res iudicata*. La logica della tutela cautelare si risolve, in effetti, nella necessità di garantire che, durante il lasso di tempo indispensabile all'esercizio della *iurisdictio*, la reintegrazione del diritto sostanziale leso – e quindi l'eventuale irrogazione della pena – non venga resa impossibile dal frapporsi di ostacoli variamente configurabili ⁽⁷⁾.

(7) Così A. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 2, enumera tutta una serie di situazioni, fisiologicamente o patologicamente collegate alle caratteristiche della tutela giurisdizionale, idonee ad impedire quello che dovrebbe essere l'effetto "normale" del processo, ossia l'ottenimento, da parte dell'attore che ha ragione, di «tutto quello che egli ha diritto di conseguire a livello di diritto sostanziale» e, conseguentemente, assegna alla tutela cautelare proprio la funzione di assicurare l'avveramento di questo esito "normale". Anche nello specifico contesto del processo penale è usuale la spiegazione dell'istituto in discorso mediante il riferimento alla necessità di evitare i danni conseguenti allo «scarto inevitabile tra il momento della lesione e quello della reintegrazione» (così G. DI TROCCHIO, voce *Provvedimenti cautelari*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1988, p. 844). Per un primo approfondimento dell'argomento "misure cautelari" v. AA.VV., *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di V. Grevi, Padova, 1985; G. AMATO, *Commento all'art. 13*, in *Commentario costituzionale Branca*, Bologna - Roma, 1977, p. 6; E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1967, 841; G. ASCIONE E.A. DE BIASE, *La nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, Milano, 1989; A. BAUDI, *Il potere cautelare nel nuovo processo penale*, Milano, 1990; A. CERRI, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990, p. 1; M.

Così, mentre le cosiddette "esigenze cautelari" rappresentano la tipizzazione legislativa degli "ostacoli" che potrebbero impedire l'effettiva "utilità" del percorso processuale, mediante gli "indizi di colpevolezza" la legge ancora il provvedimento coercitivo alla sua probabile base sostanziale⁽⁸⁾, da accertarsi nella futura sentenza.

Questo "naturale" collegamento della misura cautelare con un giudizio di verosimiglianza della condanna, consente di leggere l'atto con cui il pubblico ministero richiede ed il giudice dispone il provvedimento *de quo*, quale "addebito provvisorio", tappa eventuale, ma altamente significativa, di quel processo di graduale formazione dell'atto d'imputazione in cui si risolvono le indagini preliminari. Altamente significativa, perché, i «gravi indizi di colpevolezza» di cui all'art. 273 c.p.p. configurano un "addebito" sulla cui base si consente al pubblico ministero di applicare all'indagato strumenti coercitivi della libertà personale che, nella loro indubbia consistenza di "anticipazione della pena"⁽⁹⁾, sembrerebbero fondamentalmente incompatibili con la presunzione costituzionale di non colpevolezza⁽¹⁰⁾.

CHIAVARIO, voce *Libertà personale* (*dir. proc. pen.*), *ivi*, p. 1; ID., *Una «carta di libertà» espressione di impegno civile: con qualche sgualciture (e qualche patinatura di troppo)*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, III, Torino, 1990, p. 3; G. DE LUCA, voce *Custodia preventiva*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 587; C.U. DEL POZZO, *Introduzione allo studio della libertà personale nel processo*, Milano, 1959; V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; ID., *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare*, in *Giust. Pen.*, 1988, I, 481; A. MANASSERO, *La libertà personale dell'imputato*, Milano, 1925; E. MARZADURI, voce *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, in *Dig. It., Discipline Penalistiche*, III, Torino, 1989, p. 279; A. MIELE, *Esigenze cautelari, nuovo processo e Convenzione europea*, in *il giusto processo*, 1989, 78; M. PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Ind. Pen.*, 1970, 185; G. SPANGHER, *Considerazioni in tema di misure cautelari*, in *il giusto processo*, 1990, 68.

⁽⁸⁾ Già così limpidamente, A. MANASSERO, *La libertà personale*, cit., p. 71: «il giudice, prima di emettere il mandato, deve essersi fatto un preventivo giudizio sulla colpevolezza dell'imputato, secondo un alto principio di verosimiglianza».

⁽⁹⁾ Cfr. G. DE LUCA, voce *Custodia preventiva*, cit., p. 589.

⁽¹⁰⁾ Sulla problematica in discorso v. in particolare V. GREVI, *Libertà personale*, cit., p. 38; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 31; G. LOZZI, «*Favor rei*» e *processo penale*, Milano, 1968, p. 7; M. PISANI, *La custodia preventiva*, cit., 189. Sostiene, invece, l'estraneità della presunzione di non colpevolezza alla problematica propria della custodia cautelare C.U. DEL POZZO, *La libertà personale*, cit., p. 105.

La dottrina ha chiarito come i gravi indizi ⁽¹¹⁾ richiesti per la legittimità del provvedimento cautelare debbano «rappresentare un quadro probatorio della responsabilità dell'imputato non minore di quello richiesto per il rinvio a giudizio» ⁽¹²⁾, nell'ovvia considerazione del fatto che non può non ritenersi del tutto ingiustificata la misura restrittiva stabilita nei confronti di un soggetto la cui posizione non verrebbe neppure sottoposta al vaglio del dibattimento ⁽¹³⁾. È proprio questo nesso

⁽¹¹⁾ Sul presupposto dei «gravi indizi di colpevolezza» v. G. AMATO, *Commento all'art. 12 l. 5 agosto 1988, n. 330*, in *Leg. Pen.*, 1988, 533; ID., *Art. 273*, in *Commentario*, cit., III, 1990, 15; A. ARCERI, *Sul significato del termine «indizio» ai fini dell'adozione delle misure cautelari personali e sul valore dell'individuazione fotografica*, in *Giur. Mer.*, 1992, II, 113; M. CHIAVARIO, *Art. 273*, in *Commento*, cit., III, 1990, p. 28; A. GAITO, *La valutazione della prova nelle decisioni «de libertate»*, in *il giusto processo*, 1992, 140; R. GUARINIELLO, *Schede su Corte di cassazione e codice di procedura penale: misure cautelari personali e gravi indizi di colpevolezza*, in *Foro It.*, 1992, 310; F. LATTANZI, *In tema di «gravi indizi di colpevolezza»*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2348; S. RAMAJOLI, *I «gravi» indizi di colpevolezza e l'adozione di misure cautelari personali*, in *Cass. Pen.*, 1992, 700; A. SANNA, *Parametri di valutazione della prova e riesame delle misure cautelari*, in *Giur. It.*, 1992, II, 270.

⁽¹²⁾ Così G. AMATO, *Art. 273*, cit., p. 18. *Contra*, M. CHIAVARIO, *Art. 273*, cit., p. 33, in base al concetto che l'uso del potere cautelare non presupponga lo stesso grado di «convinzione» necessario per la condanna o anche solo per il rinvio a giudizio. L'idea che il quadro probatorio richiesto per l'emissione di una misura coercitiva non può essere inferiore a quello necessario e sufficiente per il rinvio a giudizio, era implicitamente contenuta nella statuizione della direttiva 37 della Legge Delega n. 81 del 1987, ai sensi della quale l'assunzione della qualità d'imputato dipendeva non solo dalla chiusura delle indagini preliminari con uno degli atti d'esercizio dell'azione penale, ma anche dal fatto che, nei confronti dell'indagato, fosse stata richiesta una misura coercitiva. Ragioni di coerenza sistematica hanno poi indotto il legislatore del codice a rivedere questa impostazione, escludendo dal novero degli atti costitutivi della qualità d'imputato, elencati nell'art. 60 c.p.p., l'atto di richiesta di provvedimenti cautelari. In proposito v. E. MARZADURI, voce *Imputato e imputazione*, cit., p. 282. Il mutamento, comunque, non toglie nulla alla sostanza del concetto in base al quale il genetico collegamento tra misura coercitiva e futura probabile condanna, trova espressione in quella condizione generale di applicabilità delle misure che è la gravità degli indizi di colpevolezza a carico dell'indagato.

⁽¹³⁾ Sempre nell'ottica di un genetico, inevitabile collegamento tra applicazione del provvedimento cautelare e prognosi positiva di un futuro accertamento di responsabilità, perde valore quell'orientamento giurisprudenziale che considera inapplicabili agli «indizi» di cui all'art. 273 c.p.p. le regole dettate dagli artt. 191 e 192 c.p.p. quali «general» regole di valutazione degli strumenti gnoseologici processuali, ossia delle prove (v., a titolo d'esempio, tra le tante, Cass., Sez. I, 17 maggio 1991, Scavuzzo, in *Cass. Pen.*, 1992, 662, 1278; ID., Sez. V, 20 agosto 1991, Mercuri, in

inscindibile tra provvedimenti cautelari e prognosi di "condannabilità" dell'indagato, che permette di considerare il giudizio espresso dal magistrato sulla richiesta del pubblico ministero di applicazione di una misura coercitiva, come rilevante segnale di "credibilità" dell'assunto accusatorio costruito nel corso delle indagini preliminari e cristallizzato attraverso l'imputazione. Di conseguenza, in primo luogo, l'inquirente che si trovasse a dover effettuare la scelta tra azione penale e archiviazione al termine di un periodo investigativo "costellato" d'infruttuose richieste cautelari, dovrebbe seriamente considerare l'opportunità di addurre in dibattimento un'ipotesi accusatoria apparsa ripetutamente inconsistente già durante quei vagli occasionali sull'addebito provvisorio. In secondo luogo, il giudice dell'udienza preliminare che si trovi a dover sottoporre al proprio controllo la fondatezza di un rinvio a dibattimento formulato nonostante la contingenza appena descritta, non potrà non tenere nella dovuta considerazione i precedenti

Arch. Nuova Proc. Pen., 1992, 120; Id., Sez. I, 21 novembre 1991, Mauro, in *Cass. Pen.*, 1993, 223, 382; Id., 30 gennaio 1992, Lucariello, C.E.D. *Cass.*, n. 189224; Id., 12 febbraio 1992, Liguori, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1992, 598; Id., 29 aprile 1992, Di Martino, C.E.D. *Cass.*, n. 190133; per il medesimo orientamento in dottrina v. A. BAUDI, *Il potere cautelare*, cit., p. 88; F. LATTANZI, *In tema di «gravi indizi»*, cit., 2349; S. RAMAJOLI, *I «gravi» indizi di colpevolezza*, cit., 701). Non solo, infatti, come è stato acutamente sottolineato, «le regole contenute nell'art. 192 c.p.p. sono espressione di una garanzia di razionalità e perciò fungono da costante parametro per ogni provvedimento del giudice» (così A. GAITO, *La valutazione della prova*, cit., 142; in senso analogo v. pure A. ARCERI, *Sul significato del termine «indizio»*, cit., 114; A. SANNA, *Parametri di valutazione*, cit., 274) ma, tra l'altro, disgiungere l'applicazione di misure cautelari dalle regole di acquisizione e valutazione del materiale probatorio valevoli per il dibattimento, significa correre il rischio di incidere in via provvisoria sulla libertà personale di un soggetto che, proprio a causa di quelle regole, potrebbe non venire mai sottoposto a dibattimento. In altri termini, si rischia di distruggere quell'unico nesso – la probabile condanna dell'indagato – che è capace di assicurare la correttezza applicativa di misure altrimenti illegittime, in considerazione del principio costituzionale di non colpevolezza. La cosa è tanto vera che persino convinti sostenitori della corrente che nega l'applicabilità dei criteri previsti dagli artt. 191 e 192 c.p.p. ai «gravi indizi» legittimanti l'adozione di misure coercitive, ammettono che «ripugna alla coscienza valutativa che si imponi un giudizio di responsabilità e di cautelarietà allo stato degli atti sulle sabbie mobili della non-prova... L'unica salvaguardia alla soluzione indicata (che consente il parto di un mostro giuridico quale un rinvio a giudizio con un cautelato e un fascicolo dibattimentale in bianco) si rinviene nella prudenza dei criteri valutativi» (così A. BAUDI, *Il potere cautelare*, cit., p. 88). Peccato, solo, che la prudenza non sia una norma giuridica!

giudizi espressi dal giudice per le indagini preliminari sulla "solidità" palesata dall'addebito provvisorio in sede di esercizio del potere cautelare.

3. *Controlli sui tempi delle indagini*

Un altro consistente indizio di labilità dell'ipotesi accusatoria è offerto dal provvedimento con cui il giudice respinga la richiesta di proroga del termine apposto alle indagini preliminari, presentata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 406 c.p.p.

La norma in discorso non è tra le più perspicue del codice: la concessione della proroga viene, infatti, ancorata alla sussistenza di tre distinte motivazioni, tutte caratterizzate da lineamenti definitivi alquanto nebulosi.

Dalla «giusta causa» prevista nel 1° comma della disposizione, ai «casi di particolare complessità delle indagini» ovvero «oggettiva impossibilità» di chiusura delle medesime, cui il 2° comma condiziona la possibilità di ottenere ulteriori proroghe dopo una prima, fruttuosa, richiesta, l'art. 406 c.p.p. offre una gamma di fattispecie abilitanti la proroga dei termini d'indagine, affidate più alla sensibilità del singolo giudice controllante che all'efficienza delimitativa della norma ⁽¹⁴⁾.

Guardando, però, alla sostanza del fenomeno, si scoprono particolari interessanti: dal 1° comma dell'art. 406 c.p.p., l'interprete sa che il pubblico ministero, intenzionato ad indagare oltre i limiti temporali

⁽¹⁴⁾ La dottrina ha insistito particolarmente sulla genericità del motivo di proroga offerto dal 1° comma dell'art. 406 c.p.p. (v. in tal senso A. BERNARDI, *Art. 406*, in *Commento*, cit., IV, 1990, p. 518), nonché sul fatto che il requisito della «particolare complessità delle indagini» non debba identificarsi con l'identica formula normativa voluta dall'art. 407, 2° comma, lett. *b*, quale presupposto per una durata *ab origine* maggiore delle indagini preliminari, pena l'automatica concessione di proroghe ogni qualvolta si tratti di investigazioni rientranti nella tipologia descritta dall'art. 407 c.p.p. (cfr., per questa precisazione, G. CONTI e A. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 17; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, Torino, 1991, p. 541). Sull'art. 406 c.p.p. v. pure, con riferimento ad un profilo particolare della disciplina, M.E. GAMBERINI, *In tema di proroga del termine per le indagini preliminari*, in *Giur. It.*, 1993, II, 691; B. MERCURI, *Proroga delle indagini preliminari: ricorribilità per cassazione del relativo provvedimento*, in *Giur. It.*, 1994, II, 47; G. SPANGHER, *Sulla possibile proroga del termine per le indagini preliminari anche dopo la sua scadenza*, in *Giur. Cost.*, 1993, 1294.

imposti, non è obbligato ad una *discovery* completa delle tracce investigative appurate sino a quel momento; ciò che deve rendere noto al giudice, alla controparte e a quell'eventuale cointeressato che è la persona offesa, consiste, secondo la lettera della norma, nella *notitia criminis*, nonché nei motivi giustificanti la proroga. In realtà, è chiaro che la giustapposizione dei due elementi – notizia di reato e motivi della richiesta – produce implicitamente l'effetto di delineare l'ipotesi imputativa in elaborazione, ossia un addebito provvisorio che non può essere privo di una certa consistenza, visto e considerato che su di esso gli investigatori hanno lavorato come minimo per sei mesi e ritengono, anzi, indispensabile lavorarvi ulteriormente. E qui è il punto. Se le cose non stessero così, se, cioè, il pubblico ministero non fosse in grado di presentare una ricostruzione attendibile – benché bisognosa di ritocchi – dell'accaduto storico, risulterebbe evidente l'inanità di ulteriori ricerche e, quindi, l'illegittimità di un provvedimento indirizzato a prolungare oltre i limiti fisiologici quello stato d'incertezza per la sorte dell'indagato in cui si risolve la pendenza del procedimento penale. Com'è stato ripetutamente sottolineato dagli interpreti, la disciplina codicistica dei termini investigativi e delle eventuali proroghe, costituisce la composizione del contrasto tra l'interesse all'acclaramento dell'accaduto storico e il diritto dell'indagato a veder definita la propria posizione in tempi ragionevoli ⁽¹⁵⁾. L'approssimarsi della scadenza del termine

⁽¹⁵⁾ V., in tal senso, M. BILANCETTI, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. Pen.*, 1989, III, 296; R. CENICCOLA, *Il giudice per le indagini preliminari*, *ivi*, 1989, III, 653; G. CONTI e A. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, cit., p. 16; M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993, 102; F. GIANNITI, *La poliedrica figura del giudice per le indagini preliminari*, in *Ind. Pen.*, 1989, 603; V. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in *Giust. Pen.*, 1988, III, 353; N. RAIMONDI, *Proroga del termine delle indagini preliminari: un contraddittorio da riequilibrare*, in *Dif. Pen.*, 1993, 45; G. SPANGHER, *Sulla possibile proroga del termine per le indagini preliminari anche dopo la sua scadenza*, cit., 1294; G. TRANCHINA, *Ruoli naturali e innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Milano, 1991, p. 497. Non sono mancate, peraltro, voci, anche autorevoli, che hanno negato la ragionevolezza di una disciplina impositiva di termini al lavoro degli investigatori, nonostante l'attenuazione costituita dalle possibili proroghe. Per questo orientamento v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 665; A. FERRARO, *Osservazioni in tema di termini di durata delle indagini preliminari*, in *Cass. Pen.*, 1993, 103; C. TAORMINA, *Diritto processuale*, cit., I, 531. Il senso e lo scopo della disciplina codicistica, che impone il rispetto di tempi precisi per il compimento delle indagini preliminari,

apposto alle indagini senza che il pubblico ministero sia in grado di determinarsi circa l'alternativa tra agire e archiviare, provoca il sorgere di una "presunzione d'inutilità" di ulteriori investigazioni, superabile solo qualora, nell'apposito procedimento di cui all'art. 406 c.p.p., il pubblico ministero riesca a dimostrare il contrario.

Il corollario di siffatte considerazioni, per il profilo che in questa sede interessa, è che anche il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, a seguito dell'udienza nel contraddittorio delle parti, prevista dal 5° comma dell'art. 406 c.p.p., non ritenga possibile concedere la proroga richiesta, costituisce banco di prova della sostenibilità dell'addebito provvisorio enunciato dall'organo investigante; sarebbe, pertanto, coerente il comportamento del pubblico ministero che, a seguito di un evento quale quello sopra descritto, riconsiderasse in termini critici la consistenza dell'ipotesi accusatoria tracciata sino a quel momento, decidendosi per l'archiviazione. Identicamente, il giudice dell'udienza preliminare che si trovi a dover deliberare la fondatezza di un rinvio a giudizio effettuato nonostante l'infruttuosa richiesta di proroga, dovrebbe tenere conto dell'evento in discorso come di un segnale importante: il pubblico ministero avrebbe, in quel caso, esercitato l'azione penale dopo aver egli stesso riconosciuto – attraverso la domanda di proroga – che l'ipotesi accusatoria non era sufficientemente istruita per venir addotta in giudizio e dopo che un magistrato imparziale ha vagliato, nel contraddittorio delle parti, la consistenza della tesi accusatoria presentata a supporto della richiesta di proroga ⁽¹⁶⁾.

risultano completamente nullificati dallo strisciante fenomeno della ritardata iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro, in aperta inadempienza dell'art. 335 c.p.p., statuente, a carico del pubblico ministero l'obbligo di iscrivere immediatamente ogni notizia di reato che gli giunga a conoscenza. Come è stato correttamente rilevato «...premesso che i risultati delle indagini preliminari possono entrare nel dibattito... è giocoforza convenire che si tratta di indagini preliminari soltanto nel nome ma di classica attività istruttoria, nei fatti: con ovvie conseguenze circa l'esigenza di consentire alla parte privata un'effettiva partecipazione a questa fase procedimentale. Ma sta di fatto che, quando ritarda l'iscrizione, la cosiddetta parte pubblica si arroga una situazione di supremazia incontrollata perché elude quei limiti temporali che la legge ha stabilito per la durata delle indagini preliminari e perché si attribuisce poteri di istruttoria occulta che non stanno né in cielo né in terra». Così A. GAITO, *Incostituzionale la ritardata iscrizione della notizia di reato*, in *Italia oggi*, 25 febbraio 1994, n. 47, p. 30.

⁽¹⁶⁾ Ovviamente è possibile che, in linea teorica, il giudice per le indagini prelimi-

Sempre in tema di controlli occasionali sul comportamento del pubblico ministero nella fase investigativa e di relazionalità tra essi e la scelta finale tra azione o archiviazione, un'ultima parola va spesa a proposito di quella forma di controllo che si estrinseca in una valutazione del giudice sull'opportunità di riapertura delle indagini, effettuata nei modi previsti dall'art. 414 c.p.p. ⁽¹⁷⁾.

Ai sensi della norma «dopo il provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti, il giudice autorizza con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero motivata dall'esigenza di nuove investigazioni».

Di chiara evidenza per chi si accinga ad esaminare la lettera della norma, è che essa attribuisce indirettamente al decreto di archiviazione richiesto dal pubblico ministero ed emanato dal giudice per le indagini preliminari, una forma di efficacia preclusiva ⁽¹⁸⁾, in quanto subordina la possibile riapertura delle indagini preliminari alla ricorrenza di un

nari non abbia ritenuto opportuno concedere la proroga in quanto riteneva il caso istruito in maniera più che sufficiente per il rinvio a giudizio. La concreta realtà di procure sovraccariche di lavoro arretrato e, soprattutto, l'abito mentale tutt'ora vivo di un pubblico ministero che piuttosto rinvia a giudizio casi non adeguatamente istruiti, ma difficilmente trattiene presso di sé, in un impeto di pignoleria, processi già pronti per il dibattimento, inducono a pensare che il caso appena tratteggiato sia molto meno frequente dell'evento opposto.

⁽¹⁷⁾ Sull'istituto nel codice 1988, v. A. BERNARDI, *Art. 414*, in *Commento al nuovo codice*, cit., IV, p. 554; L. CARLI, *Preclusione e riapertura delle indagini preliminari nell'art. 414 c.p.p.*, in *Giur. It.*, 1994, II, 637; N. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Napoli, 1989, p. 46; F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 407; G. CONGIU, *Sulla revocabilità del decreto di archiviazione*, in *Giur. It.*, 1992, II, 601; G. CONTI e A. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1991, 19; R. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1991, 350; E. SELVAGGI, *Sulla revocabilità del decreto di archiviazione*, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 586; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 593; nonché, volendo, C. VALENTINI REUTER, *In tema di riapertura delle indagini dopo l'archiviazione e misure coercitive*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, 314.

⁽¹⁸⁾ Sulla "preclusione" quale peculiare fenomeno processuale v. ANDRIOLI, voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 567; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 2ª ed., 1923, p. 717; per una critica del concetto, giudicato utile, ma assolutamente non tecnico, v. A. ATTARDI, *Per una critica al concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1; ID., voce *Preclusione*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1989, p. 893; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 6ª ed., 1987, p. 346; S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 11ª ed., 1992, p. 141.

presupposto oggettivo (l'esigenza di nuove investigazioni), da verificare in apposito procedimento. Ora, è ovvio che, una volta deciso di stabilire un'espressa disciplina per la riapertura delle indagini dopo l'intervenuta archiviazione, il legislatore avrebbe ben potuto limitarsi ad esplicitare quella che era stata la silenziosa scelta del vecchio codice, ossia negare al decreto che dichiara la superfluità del processo qualsivoglia efficacia preclusiva. La soluzione opposta, però, è coerente con il nuovo ruolo strutturale dell'archiviazione, quale provvedimento basato su indagini preliminari tendenzialmente esaustive e, quindi, su di una sicurezza di valutazione, circa le caratteristiche della *notitia criminis*, assolutamente inimmaginabile nel provvedimento *ex art. 74 c.p.p. 1930*.

Se, dunque, l'attuale archiviazione è, nella *voluntas legis*, una scelta accuratamente ponderata, e se, d'altro canto, la fase investigativa potrebbe essere tale da «comportare costi umani ed economici non indifferenti» ⁽¹⁹⁾, compresa l'eventuale privazione della libertà a carico del soggetto indagato, ecco che attribuire una qualche efficacia preclusiva al decreto di archiviazione diventa una scelta di coerenza.

La pratica configurazione del procedimento per la riapertura delle indagini, si basa sul medesimo schema "richiesta del pubblico ministero – autorizzazione del giudice" che caratterizza anche l'archiviazione, nonché, in generale, qualsiasi intervento giurisdizionale nella fase delle indagini preliminari. Il provvedimento giudiziale con cui viene autorizzata la riapertura è un decreto motivato, mediante il quale il giudice per le indagini preliminari è tenuto a chiarire su quali basi abbia ritenuto giustificata la pretesa del pubblico ministero di svolgere nuove investigazioni su un caso già chiuso.

L'essenziale disciplina contenuta nell'art. 414 c.p.p. sembrerebbe non offrire spazio a *querelles* gnoseologiche: sembrerebbe, diciamo, visto che i contributi interpretativi sinora apparsi sull'argomento lasciano chiaramente intendere come, in cinque anni di applicazione della norma, siano sorte almeno due "questioni litigiose" importanti.

La prima, attiene alla esatta interpretazione del requisito oggettivo richiesto dall'art. 414 c.p.p. affinché la riapertura delle indagini possa definirsi legittima, ovvero al parametro decisorio adottabile dal giudice: l'esigenza di nuove investigazioni.

⁽¹⁹⁾ Così, R. KOSTORIS, voce *Riapertura*, cit., p. 352.

È stato rilevato come la suddetta esigenza «dovrebbe implicare... la possibilità di superare il giudizio di “superfluità” del processo formulato nel decreto o nell’ordinanza di archiviazione; giudizio di “superfluità”... da correlare alla formula di archiviazione rispetto alla quale è domandata la riapertura delle indagini, e, quindi, non necessariamente avente ad oggetto una valutazione in termini di infondatezza della *notitia criminis*. In rapporto a quest’ultima situazione, va però precisato che, ricollegando il giudizio di infondatezza... alla ritenuta inidoneità degli elementi acquisiti durante le indagini preliminari a sostenere l’accusa in giudizio (art. 125 norme di attuazione), i presupposti per ottenere la riapertura delle indagini dovrebbero venire paradossalmente a coincidere con quelli necessari per domandare il rinvio a giudizio» ⁽²⁰⁾.

Una formula interpretativa del genere rende inutilmente complicato qualcosa che è tutt’altro che tale; l’espressione usata dalla norma – “esigenza di nuove investigazioni” – mira solo a chiarire come, per porre nel nulla il precedente provvedimento di chiusura delle indagini, occorra la ragionevole prospettazione di un “vuoto” investigativo, un’incompletezza, insomma, rimediabile con un lavoro diverso o più accurato. Dedurre il criterio decisorio adoperabile dal giudice per le indagini preliminari, da una traduzione *in negativis* di quello proposto dall’art. 125 disp. att. c.p.p. per legittimare l’archiviazione, diventa un assurdo logico laddove si consideri come ciò significherebbe pretendere che il pubblico ministero chieda la riapertura delle indagini, affermando di possedere elementi probatori atti a sostenere l’accusa in giudizio (che poi sarebbero gli stessi elementi probatori che lo avevano spinto ad archiviare). In realtà ciò che la norma suggerisce al pubblico ministero è semplicemente di saper dimostrare che esistono dubbi sulla ragionevolezza della precedente archiviazione ⁽²¹⁾, in quanto frutto di

⁽²⁰⁾ Così, R. KOSTORIS, voce *Riapertura*, cit., p. 352; per analoga opinione v. G. CONGIU, *Sulla revocabilità*, cit., 604.

⁽²¹⁾ Può essere interessante istituire un brevissimo paragone con l’elaborazione dottrinale compiuta sull’istituto “riapertura delle indagini” dai giuristi tedeschi. Il § 170 II StPO, dedicato alla disciplina della principale forma di archiviazione conosciuta da quell’ordinamento, tace del tutto su di un eventuale, possibile seguito della *notitia criminis* già accantonata. Una situazione, dunque, analoga a quella prodotta dall’abrogato art. 74 c.p.p. 1930. Nel vuoto di disciplina, gli orientamenti dottrinali proposti non si sono discostati, per anni, dalla facile constatazione che, non avendo

opzioni erronee, ovvero in quanto non più sostenibile in base ad un successivo, impreveduto, mutamento dello stato di fatto.

La seconda *querelle* nata dalla pratica interpretativa dell'art. 414 c.p.p. riguarda l'effettivo ruolo del giudice per le indagini preliminari nell'istituto ivi disciplinato. In particolare, il dubbio circa la compatibilità tra un eventuale divieto d'indagine e il principio di obbligatorietà dell'azione ha dato luogo ad un orientamento giurisprudenziale, del resto adombrato dalla stessa dottrina⁽²²⁾, che postula l'autorizzazione del giudice quale "atto dovuto"⁽²³⁾, per negare giuridica configurabilità ad un possibile diniego.

In realtà, a ben vedere, chi ritiene l'autorizzazione del giudice un atto dovuto non solo nullifica una garanzia legislativamente prevista, ma, soprattutto, trasforma l'art. 414 c.p.p. in ridicola forma di spreco: non serve a nulla istituire momenti di verifica se l'organo controllante non può che aderire alle richieste del controllato.

Così chiariti i lineamenti effettivi dell'istituto, diventa più semplice

il legislatore regolato minimamente il caso, se ne poteva dedurre una sua implicita volontà di lasciarlo al buon senso del pubblico ministero di turno. V. in proposito P. RIESS, § 170, in LÖWE/ROSENBERG, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen. Großkommentar*, Berlin, 24. Aufl., 1984, RD 45; KLEINKNECHT / MEYER-GOSSNER, *Strafprozeßordnung*, 41. Aufl., München, 1993, § 170, RD 9; R. MÜLLER, § 170, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, München, 2. Aufl., 1987, RD 23; K. PETERS, *Strafprozeßordnung*, Karlsruhe, 3. Aufl., 1981, p. 438. Per una critica della sistemazione legislativa vigente v. F. LOOS, *Probleme der beschränkten Sperrwirkung strafprozessualer Entscheidungen*, in JZ 1978, 592, che propone un'efficacia preclusiva per il provvedimento d'archiviazione deducendola dal c.d. principio dell'affidamento, valido nell'intero settore del diritto pubblico. Di recente un'impostazione rimasta sinora isolata ha, peraltro, proposto un'interpretazione tanto semplice, quanto ovvia, del silenzio normativo, rilevando come, pur non esistendo un'efficacia preclusiva dell'archiviazione, il p.m. mai potrebbe riaprire le indagini a suo piacimento, visto che la medesima intangibile essenza dello Stato di diritto lo costringerebbe ad un comportamento improntato a criteri di dimostrabile ragionevolezza ("motivi tangibili"); così, P. KREY, *Strafverfahrensrecht*, Bd. II, Stuttgart, 1990, p. 3.

⁽²²⁾ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., 407; R. KOSTORIS, voce *Riapertura*, cit., p. 353; *contra*, N. CARULLI, *Dell'archiviazione*, cit., p. 51; G. CONGIU, *Sulla revocabilità*, cit., 604.

⁽²³⁾ Cass., Sez. II, 5 febbraio 1991, Ventrilla, in *Giur. It.*, 1992, II, 602; *contra*, Id., Sez. I, 1° giugno 1990, Vianello, *ivi*, 1991, II, 42; Id., Sez. I, 1° giugno 1990, Venezia, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1991, 382; Id., Sez. V, 25 gennaio 1991, Boschetti, in *Cass. Pen.*, 1991, 190, 577.

chiarire i rapporti che intercorrono tra esso ed un futuro, eventuale esercizio dell'azione penale.

Una volta riaperte le indagini ai termini di legge, il pubblico ministero si trova nuovamente collocato all'inizio di un itinerario investigativo dal duplice possibile esito: archiviazione o avvio del processo. E questo è il punto: l'organo inquirente ha chiesto la riapertura delle indagini postulando la necessità di un supplemento investigativo, rispetto ad uno stato di cose che, in precedenza, l'aveva indotto a chiedere l'archiviazione del procedimento.

In altre parole, dal punto di vista teorico, lo stadio di acclaramento della *notitia criminis* nei cui confronti siano appena state riavviate le investigazioni corrisponde quasi ad una *tabula rasa* gnoseologica, ed è ovvio. Il pubblico ministero *de quo* mira ad indagare ancora: può darsi che abbia sotto mano nuove fonti di prova o semplicemente una diversa combinazione logica di vecchi elementi, ma, in senso processuale, non ha in mano nulla, perché nulla poteva acquisire ad indagini sospese e ben poco possedeva anche prima, visto che ha chiesto l'archiviazione.

Se così stanno le cose, è chiaro che la possibilità di un esercizio dell'azione penale effettuato immediatamente a ridosso o poco dopo la riapertura delle indagini nasconde o un'archiviazione strategicamente orientata ad aggirare i termini prossimi a scadere, oppure una forma di esercizio "apparente" dell'azione penale, finalizzato a scaricare sul dibattimento i vuoti gnoseologici dell'indagine.

Insomma, non è concepibile che il pubblico ministero possa compiere, a ridosso del procedimento previsto dall'art. 414 c.p.p., atti implicanti una compiuta o almeno assai avanzata formazione dell'ipotesi accusatoria. Ad esempio, pur essendo assolutamente indiscutibile che l'emissione di un ordine di custodia cautelare, in seguito alla riapertura delle indagini, appartiene al possibile, fisiologico svolgimento di queste ultime, bisogna tener presente che il collocarsi del provvedimento in un settore temporale *immediatamente adiacente* al rilascio dell'autorizzazione *ex art. 414 c.p.p.*, viene, di fatto, a causare la mancanza del requisito richiesto dall'art. 273, 1° comma, c.p.p. ovvero i «gravi indizi di colpevolezza». Il legislatore ha condizionato ogni possibilità di riaprire indagini regolarmente concluse alla ricorrenza di un requisito sinteticamente definito dalla norma quale "esigenza di nuove investiga-

zioni". Qualsiasi ellissi si voglia adottare a scopi esemplificativi della, peraltro chiara, dizione normativa, risulta impossibile comprendervi la necessità, per il pubblico ministero, di addurre ulteriore materiale probatorio a sostegno e motivazione della propria richiesta. In considerazione di tanto, sembra chiaro che un provvedimento di custodia cautelare emesso in immediata *consecutio temporum* con l'autorizzazione alla riapertura delle indagini, è una ordinata in base allo stesso *fumus* di colpevolezza che aveva indotto il p.m. a richiedere l'archiviazione, un provvedimento, quindi, inficiato da deficienze motivazionali tali da doverne disporre l'annullamento, ai sensi dell'art. 292, 2° comma, lett. c., c.p.p. La Corte di cassazione ha avuto modo di pronunziarsi proprio sull'ipotesi ora descritta, concludendo, peraltro, per la piena legittimità dell'ordinanza di custodia cautelare emessa nei confronti dell'indagato subito dopo la riapertura delle indagini e in mancanza di nuovi atti di acquisizione probatoria. ⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr., in tal senso, Cass., Sez. IV, Rapisarda, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, 314.

CAPITOLO SESTO

I CONTROLLI SULL'AZIONE ESERCITATA

SOMMARIO: 1. L'udienza preliminare e il cosiddetto "esercizio apparente dell'azione penale". – 2. L'azione penale nel dibattimento.

1. *L'udienza preliminare e il cosiddetto "esercizio apparente dell'azione penale"*

L'analisi delle forme assunte in un dato ordinamento dall'atto o dalla serie di atti attraverso i quali si conferisce giuridica rilevanza all'archiviazione, assume importanza primaria non solo in sé e per sé, ma anche in vista di uno scopo ulteriore, ovvero quello di tracciare un quadro più completo dei lineamenti rivestiti dall'azione penale nella sua forma odierna.

Sono gli artt. 50, 1° comma, e 405, 1° comma, c.p.p. che autorizzano l'interprete a servirsi dell'istituto-archiviazione per meglio definire "quando" e "come" vada promossa l'azione. Ai sensi del primo, «il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione»; mentre, per il secondo, lo stesso organo «quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV e V del libro sesto ovvero con richiesta di rinvio a giudizio».

Entrambe le norme contengono, anzitutto, l'enunciazione di un dovere, a carico del pubblico ministero, la cui fattispecie costitutiva viene delineata per mezzo di una proposizione a carattere negativo: l'organo dell'accusa è tenuto ad esercitare l'azione allorché non esistano i presupposti legittimanti una richiesta d'invio degli atti in archivio. Mediante questa fattispecie il legislatore specifica la generica norma costituzionale dell'art. 112, statuendo che l'obbligo di cui tratta la norma citata, sorge solo nel momento in cui non esistano motivi per archiviare.

L'art. 405, 1° comma, c.p.p. non si limita a definire "quando" l'azione vada esercitata, ma si spinge sino a considerare il "come", ossia mediante un atto avente carattere d'imputazione di cui fornisce un elenco tipico, ma non concluso: alla richiesta di rinvio a giudizio e agli atti d'inizio dei quattro procedimenti speciali provocabili dal pubblico ministero, va aggiunta la contestazione in udienza del fatto connesso o nuovo (artt. 423, 517 e 518 c.p.p.).

Di questa duplice indicazione fornita dagli artt. 50 e 405 c.p.p., la prima – attinente al "quando" dell'azione penale – è, come si vedrà, la più importante; essa chiarisce non solo il tipo di rapporto che intercorre, nel sistema attuale, tra azione e archiviazione, concepite quali forme speculari dello stesso fenomeno, ma rende pure evidente che, proprio a causa di quella specularità, i presupposti dell'obbligo d'agire sono ricavabili *a contrario* da quelli che la legge costruisce come legittimanti la richiesta d'archiviazione. In altre parole, il pubblico ministero eserciterà l'azione penale nel momento in cui gli appaia chiara la fondatezza della notizia di reato e, contemporaneamente, sia riuscito a corredarla di materiale investigativo idoneo a sostenere l'accusa in giudizio.

Questa modalità definitoria dei caratteri dell'azione penale, quale fattispecie ricavata attraverso una sorta di "inversione ottica" delle norme in tema di archiviazione, non è una novità nell'ordinamento processualpenalistico attuale. Neppure il codice di procedura penale del 1930 chiariva quali fossero i presupposti dell'obbligo d'agire, limitandosi a contemplare quelli dell'archiviazione. La complementarità dei due comportamenti non era sottolineata dalla legge, ma pur sempre presente, visto che il 1° comma dell'art. 74 c.p.p. abr. nulla diceva circa eventuali parametri decisori per l'azione, mentre, il 3° comma, specificava nella «manifesta infondatezza» il presupposto idoneo e sufficiente a legittimare l'invio degli atti in archivio. Ovvio, dunque, che l'obbligo d'agire venisse ravvisato nella non manifesta infondatezza della notizia di reato.

A ben vedere, però, il fatto di servirsi del parametro valido per l'archiviazione come strumento definitorio *a contrario* dell'obbligo d'agire, era, per il codice del '30, un conseguente corollario della natura residuale attribuita alla scelta archiviativa, in quanto intesa come momento di selezione solo e unicamente di quelle notizie che apparissero *icto oculi* inadatte ad avviare un processo.

Insomma, visto che, per quel sistema, agire era la regola e archiviare l'eccezione, corrispondeva ad una volontà di pragmatismo legislativo, la scelta definitoria del fenomeno minore rispetto a quello di maggiore portata.

Le cose stanno diversamente nel codice del 1988. Caratteristica del sistema attuale è, come già segnalato, un forte ampliamento dei casi di archiviazione, conseguente alla forma accusatoria del processo, quale fenomeno in cui ciascuna delle parti ha da assumersi la responsabilità delle proprie scelte procedimentali, ivi compresa e, anzi, prima di tutto considerata, quella di provocare l'intervento della giurisdizione. Se tale scelta non è fatta *cognita causa*, l'esito probabile del processo sarà la sconfitta della tesi accusatoria mal ponderata.

Nella visuale del legislatore azione e archiviazione stanno quantitativamente sullo stesso piano. Il senso di una definizione della prima quale fattispecie "di risulta" rispetto all'atto archiviativo non sta più nella maggiore praticità definitoria di un istituto che è l'eccezione a fronte di una regola, bensì nella volontà di sottolineare la natura di "opposti speculari" attribuita ad azione e archiviazione; insomma, nel desiderio di evitare che si ripetano equivoci sulla natura della seconda, in quanto intesa propriamente come non-azione.

È chiaro, peraltro, che siffatta peculiarità avrebbe potuto essere messa in evidenza anche qualora il legislatore si fosse deciso a delineare in positivo i presupposti dell'obbligo d'agire e, specularmente, in negativo, quelli della richiesta d'archiviazione.

Se ciò non è avvenuto è, con ogni probabilità, grazie al forte influsso psicologico esercitato dal canone cosiddetto del *favor actionis* ⁽¹⁾, figlio primogenito del principio costituzionale di obbligatorietà. Quel canone induce tutt'ora a *percepire* l'azione quale scelta prioritaria rispetto all'archiviazione e, per conseguenza, quest'ultima come evento quantitativamente minore e di più semplice definizione ⁽²⁾.

(1) Ad esempio, nella sentenza costituzionale n. 88 del 1991 sono contenute argomentazioni che danno la misura della perdurante importanza del c.d. *favor actionis* sulla mentalità dell'interprete. Corollario del tradizionale *favor actionis* è il *favor querelae* su cui v. G. CONSO, voce *Capacità processuale penale*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 134; A. GAITO, «*Electa una via*». *I rapporti tra azione civile e azione penale nei reati perseguibili a querela*, Milano, 1984, p. 46.

(2) Sembra opportuno mettere in rilievo che corre una bella differenza tra notare

Quali che siano, comunque, i motivi che hanno indotto il legislatore ad adottare certe modalità costruttive, resta il fatto che l'interprete è autorizzato, ed anzi costretto, proprio da *quelle* modalità a comprendere i caratteri dell'azione penale attraverso lo studio delle norme in tema di archiviazione.

Ed ecco la prima conseguenza deduttiva che è possibile trarne: se il pubblico ministero deve agire allorché compiute risultanze investigative lo inducano a pensare che possiede materiale probatorio idoneo a sostenere l'accusa in giudizio, l'azione non è più un sasso gettato sulla immobile superficie acquatica del processo affinché ne derivino tutte quelle onde d'urto che essa è in grado di produrre, ma una freccia, scagliata in direzione precisa, al preciso scopo di colpire quel bersaglio ben delineato che è la condanna.

Fuori di metafora, l'azione penale non è più configurabile quale richiesta "astratta" di giurisdizione, richiesta, cioè, di una decisione purchessia, ma "concreta" domanda di condanna, fatta da un soggetto che non è più un organo "paragiurisdizionale", ma propriamente e fino in fondo "parte" ⁽³⁾. Parte d'accusa. Questa concretezza dell'azione costituisce conseguenza immediata dello spostamento, subito dalla fase di scelta tra agire e archiviare, al termine delle indagini preliminari.

Dal carattere concreto dell'azione deriva ulteriormente, per inevitabile corollario, il suo contenuto imputativo. L'atto con cui essa viene

come il *favor actionis* corrisponda, nell'attuale ordinamento, più ad un mito dell'interprete che allo spirito del codice, e affermare che l'azione penale sia connotata, nel codice 1988, da un carattere di residualità (cfr. A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, p. 116). A ben vedere l'azione di cui parla l'art. 50 c.p.p., non possiede né carattere di residualità, né di scelta tendenzialmente favorita – come accadeva nel codice del '30. Essa si caratterizza, nella configurazione teorica esplicitata dalla norma, per uno spazio applicativo esattamente identico a quello dell'archiviazione. La *quantità* pratica, poi, di procedimenti archiviati e non, possiede sfumature ovviamente variabili da procura a procura e di anno in anno.

⁽³⁾ D. SIRACUSANO, *Introduzione*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, I, Milano, 1^a ed., 1990, p. XVI, parla di «azione concreta, sorretta dai risultati delle indagini preliminari e coordinata alle ragioni dell'accusa». Per una presa di posizione fortemente critica in merito alla restaurata natura di "parte" in senso proprio del pubblico ministero, v. A. GAITO, *Ambiguità del p.m. in un sistema tendenzialmente accusatorio*, in *il giusto processo*, 1991, 39; A. MIELE, *Davvero ad armi pari accusa e difesa nel nuovo processo penale?*, *ivi*, 1990, 354.

esercitata dovrà, cioè, «porre un tema di decisione» ⁽⁴⁾ per il giudice chiamato ad esaminare il merito, ovvero un'ipotesi storica – fatto e presunto autore – e la sua sussunzione sotto la norma penale sostanziale ad essa conforme ⁽⁵⁾.

È chiaro che questo contenuto dell'azione non può mancare dove ad essa il legislatore attribuisca carattere concreto, identificandola con una richiesta di condanna. Ecco perché tra i due aspetti dell'azione penale identificati dall'art. 405 c.p.p. – la sua specularità rispetto all'archiviazione e il suo contenere l'imputazione – il primo assume un'importanza decisamente prevalente rispetto al secondo, trattandosi di una nota strutturale della quale l'altra è mero corollario.

D'altro canto, quando si parla di concretezza, si fa riferimento non solo ad un carattere descrittivo, ma ad un *signum* dell'azione penale normativamente statuito, che, in quanto tale, possiede anche natura cogente. Con altre parole, il codice, collocando l'azione al termine delle investigazioni, *pretende* che essa possieda, al momento del suo esercizio, carattere concreto, ossia si profili come *effettiva* richiesta di punizione, atto che evoca l'intervento della *iurisdictio* al fine di decidere sulla fondatezza della pretesa punitiva manifestata.

Ciò significa che il legislatore non si limita a chiedere che l'atto d'esercizio dell'azione contenga un'imputazione, ossia compiuto delineamento del fatto storico e sussunzione sotto una data norma sostanziale, ma esige qualcosa di più; esige che quell'ipotesi, tracciata sulla carta nella richiesta di rinvio a giudizio o atto analogo, cammini verso

⁽⁴⁾ In questi termini F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 1987, p. 79, traduce l'atto del "formulare un'imputazione". Sull'argomento v. pure P. DE LALLA, *Idee per un «complemento istruttorio» del giudice nelle indagini preliminari*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, 64, che parla di una azione penale ricostruita in ottica processualcivilistica.

⁽⁵⁾ Sul concetto e le modalità dell'atto d'imputazione v. F. CARNELUTTI, *Cenni sull'imputazione penale*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, p. 168; G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 340; F. CORDERO, voce *Giudizio*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 883; O. DOMINIONI, voce *Imputazione*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 820; ID., *Art. 50*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. 287; P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Padova, 1969, p. 38; V. PERCHINUNNO, voce *Imputazione (capi di)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1.

il processo in compagnia dei supporti probatori idonei a corroborarla ⁽⁶⁾.

È lecito chiedersi a questo punto se esistano strumenti processuali in grado di garantire che l'atto di provocazione della *iurisdictio* possieda i caratteri voluti dal legislatore. Ovviamente sì, altrimenti si tratterebbe di un ordinamento che non assicura l'esecuzione del suo *dictum* normativo, e lo strumento pensato a questo scopo è l'udienza preliminare.

L'istituto, previsto dagli artt. 416-429 c.p.p., è stato definito, con ragione, «l'emblema del nuovo processo» ⁽⁷⁾ e non solo, perché, come sostiene l'autore di quella definizione, «apre una luce nell'attuale buio della fase istruttoria», ma anche perché ad essa è affidato il fondamentale compito di vigilare sulla correttezza dell'azione esercitata.

Si sta parlando – è opportuno notarlo preliminarmente – di un istituto estremamente discusso nella sua conformazione legislativa, nelle sue capacità applicative e finanche nei suoi scopi. L'analisi che segue non ha, peraltro, come obiettivo, un'immissione piena in questo dibattito. L'udienza preliminare possiede, infatti, caratteri procedurali alquanto complessi e ricchi di sfumature, derivanti dalla sua natura di luogo in cui si verifica – secondo l'ideale configurazione codicistica – la prima *discovery* completa degli elementi probatori raccolti dall'accusa nel corso delle indagini, nonché una correlativa contrapposizione dialettica delle parti.

L'udienza preliminare è anche il luogo in cui avvengono, se del caso, scelte fondamentali circa i modi del successivo giudizio, che potrebbe proseguire in via ordinaria oppure scegliere le strade diversificate dei giudizi speciali.

Tutto questo settore d'indagine sarebbe, ovviamente troppo ricco e complesso per i limiti del presente lavoro. E le specificazioni ramifi-

(6) Sostanzialmente in tal senso, con chiarezza, v. G. TURONE, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. Giust.*, 1991, 898, richiamandosi al concetto di «oggettiva superfluità del processo» espresso dal noto saggio di M. CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'«azione» nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1975, 890. Concetto questo che ha consentito pure alla Corte costituzionale, nella sent. n. 88 del 1991, di «salvare» da declaratoria d'illegittimità l'art. 125 disp. att. c.p.p.

(7) Così E. AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1988, 2172.

canti finirebbero inevitabilmente col risultare, in fondo, assai poco congrue rispetto al tema.

Dando, dunque, per impliciti gli aspetti analitici dell'istituto, l'esame si autolimiterà ai problemi suscitati dal metro di giudizio che ad esso presiede, come fulcro di quel controllo sull'azione esercitata in cui l'udienza preliminare, alla fine, si risolve ⁽⁸⁾.

Tra i vari luoghi problematici dell'istituto, il più discusso è senz'altro quello attinente alla retta comprensione e al coordinamento normativo della formula prescelta dal codice quale parametro decisivo di uno dei due possibili esiti dell'udienza, ovvero la sentenza di non luogo a procedere. Tanto discusso da aver indotto il legislatore ad un intervento modificativo sulla norma che quell'esito prevede e regola.

Ai sensi dell'art. 425 c.p.p., in versione originaria, il giudice pro-

⁽⁸⁾ Per un'analisi di ampio respiro sull'udienza preliminare v. AA.Vv., *L'udienza preliminare. Atti del Convegno, Urbino 20-22 settembre 1991*, Milano, 1992; P. DELLA SALA e A. GARELLO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1989; D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991; S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, Padova, 1992. Con riferimento a singoli problemi specifici dell'istituto e, in particolare, al provvedimento conclusivo di cui all'art. 425 c.p.p., è utile la consultazione dei seguenti lavori: E. AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit.; N. BARTONE, *Aspetti patologici dell'udienza preliminare*, in *Giust. Pen.*, 1990, II, 684; D. BIELLI, *Natura e funzione dell'udienza preliminare*, in *Giust. Pen.*, 1991, III, 262; D. CARCANO, *Sentenza di non luogo a procedere ed evidenza probatoria*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1572; P. CORVI, *L'udienza preliminare: sempre più udienza, sempre meno preliminare*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, 1081; A. GIARDA, *Una norma al centro del sistema accusatorio*, in *Corr. Giur.*, 1993, 513; D. GROSSO, *Problemi dell'udienza preliminare*, in *Giust. Pen.*, I, 326; M. KROGH, *Art. 425 c.p.p.: sulla nozione di «evidenza»*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, 350; R. LI VECCHI, *L'udienza preliminare e le sue problematiche dottrinarie e giurisprudenziali*, in *Riv. Pen.*, 1994, 353; D. MANZIONE, *Artt. 424-425*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, IV, Torino, 1990, 654; L. MARAFIOTTI, *Sui poteri decisori del giudice all'esito dell'udienza preliminare*, in *Giur. It.*, 1993, II, 712; G. PECORELLA, *L'udienza preliminare: un mito tramontato?*, in *Dif. Pen.*, 1992, 35; A. PRESUTTI, *Presunzione d'innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e udienza preliminare*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1359; L. RAVAGNAN, *Il concetto di innocenza ed il nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. Pen.*, 1992, 911; G. SANTALUCIA, *Definizione giuridica del fatto e poteri di valutazione del giudice dell'udienza preliminare*, in *Giust. Pen.*, 1991, III, 598; G. TAORMINA, *L'udienza preliminare tra carenze normative e distorsioni applicative*, *ivi*, 1992, III, 257; D. VERNAGLIA LOMBARDI, *Una norma sicuramente incostituzionale: l'art. 429 c.p.p.*, *ivi*, 1992, III, 532; G. VERRINA, *L'evidenza dell'innocenza dell'imputato nelle indagini preliminari*, in *Giur. Mer.*, 1991, II, 1152.

nunziava sentenza di non luogo a procedere, per motivi cosiddetti "di rito", per la mancanza di una norma sostanziale che prevedesse il fatto come reato oppure qualora risultasse «evidente» l'insussistenza del fatto, il non coinvolgimento dell'imputato o che il fatto medesimo non costituisse reato, oppure ancora, qualora l'imputato venisse riconosciuto quale persona non imputabile o non punibile.

Con L. 8 aprile 1993, n. 105, il legislatore ha profondamente inciso sul significato della norma, cancellando dal suo testo quell'aggettivo "evidente" cui erano collegate le formule di proscioglimento in fatto ⁽⁹⁾.

È un mutamento importante, ma insufficiente a sgombrare il campo da una serie di interrogativi, sorti nella dottrina sin dall'entrata in vigore del codice e lasciati irrisolti dal tratto di penna che si è limitato a cancellare un singolo vocabolo, senza preoccuparsi di procedere all'indispensabile reimpostazione di una formula rimasta sospesa a mezz'aria.

L'essenzialità dell'art. 425 c.p.p. è stata messa esattamente in luce dalla dottrina quando ha sottolineato come dall'esatta interpretazione della norma dipendesse l'efficienza ⁽¹⁰⁾ della funzione di "filtro delle imputazioni azzardate" concordemente attribuita all'udienza preliminare ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ È il caso di rammentare che la Corte costituzionale, con sent. n. 41 del 1993, aveva già dichiarato illegittimo l'art. 425 c.p.p., nella parte in cui stabiliva che il giudice dell'udienza preliminare potesse pronunciare sentenza di non luogo a procedere dinanzi all'evidente non imputabilità della persona sottoposta a procedimento. Secondo la Corte «il sistema delineato dall'art. 425 del codice di procedura penale finisce infatti per imporre al giudice la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, applicando, se del caso, le misure di sicurezza, all'esito e sulla base di un accertamento di responsabilità che si fonda solo sull'etereo presupposto della non evidente infondatezza dell'addebito». Nel corpo della decisione in discorso la Corte ha avuto modo di effettuare alcune osservazioni, in merito alla natura e agli scopi dell'udienza preliminare, non esattamente coincidenti con quelle operate nella sentenza, di poco successiva, n. 82 del 1993, con la quale veniva dichiarata non fondata un'altra questione attinente alle formule di proscioglimento previste dall'art. 425 c.p.p.

⁽¹⁰⁾ Sottolinea l'importanza di questo nesso G. LOZZI, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in *L'udienza preliminare*, cit., p. 16.

⁽¹¹⁾ La dottrina ha enucleato dalle disposizioni del codice, una serie di funzioni attribuite all'udienza preliminare, ponendo maggiormente in luce ora l'una ora l'altra, a volte in coincidenza con gli intenti perseguiti dal singolo interprete nell'analisi dell'istituto. Tra le formule per solito adoperate allo scopo di sintetizzare le funzioni *de quo*, la più ricorrente è quella che individua in tre settori distinti l'operatività dell'udienza preliminare, qualificandola come "filtro delle imputazioni azzardate", sede

Si tratta di un rilievo tanto realistico da risultare quasi ovvio: se il ruolo attribuito all'istituto è quello di sindacare la regolarità dell'azione ormai esercitata, allo scopo di bloccarla, ove appaia necessario, *in limine litis*, è chiaro che le potenzialità di quel sindacato si riassumono, o – viceversa – si diluiscono, al contatto col metro di giudizio per esso prescelto.

Il punto è che – secondo una dottrina largamente maggioritaria – ad essere vera, sino all'intervento legislativo dell'aprile '93, era la seconda alternativa: ogni effettiva *chance* di controllo sull'imputazione risultava diluita e, anzi, annullata a fronte del requisito dell'evidente infondatezza di ogni accusa, incongruamente preteso dall'art. 425 c.p.p. per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere ⁽¹²⁾.

di attuazione del diritto alla prova ed, infine, luogo di scelta dei riti differenziati deflattivi (cfr., per questa formulazione, G. LOZZI, *L'udienza preliminare*, cit., p. 16). È, comunque, importante notare come, quali che siano gli aspetti messi in luce o, viceversa, obliterati dalla dottrina in questo sforzo definitorio, l'aspetto funzionale dell'udienza *costantemente* posto al centro di tutte le ricostruzioni, è sempre quello di "controllo giurisdizionale sulla regolarità dell'azione esercitata". Cfr., in tal senso, con particolare forza, E. AMODIO, *L'udienza preliminare*, cit., 2173; D. CARCANO, *Sentenza di non luogo a procedere*, cit., 1574; P. CORVI, *L'udienza preliminare*, cit., 1085; P. DELLA SALA e A. GARELLO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 49; O. DOMINIONI, *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, in *L'udienza preliminare*, cit., p. 75; G. LOZZI, *L'udienza preliminare*, cit., p. 16; L. MARAFIOTI, *Sui poteri decisori*, cit., 713; G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova, 3^a ed., 1993, p. 387; nonché, in senso fortemente critico proprio sull'opportunità di quel vaglio, C. TAORMINA, *L'udienza preliminare*, cit., 257.

⁽¹²⁾ Ben scarsi sono stati i contributi dottrinali inclini a difendere la validità del metro di giudizio espresso dall'art. 425. In tal senso v. P. DELLA SALA e A. GARELLO, *L'udienza preliminare* cit., p. 51; A. PRESUTTI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 1368; C. TAORMINA, *L'udienza preliminare*, cit., 61. Secondo F. MENCARELLI, *Procedimento probatorio e archiviazione*, Napoli, 1993, p. 58, la formula basata sull'evidenza si è dimostrata inadatta solo a fronte del comportamento di molti pubblici ministeri, inclini a «cercare di arrivare al dibattimento con elementi anche scarsi e tali sovente da delineare, secondo il disposto dell'art. 125 norme di attuazione, coordinamento e transitorie piuttosto gli estremi di una richiesta di archiviazione che quelle del rinvio a giudizio». La giurisprudenza, da parte sua, ha spesso manifestato la propria insofferenza per un parametro avvertito come eccessivamente restrittivo, colmando «di fatto... la distanza tra le due regole di giudizio contenute nell'art. 125 disp. att. (insostenibilità dell'accusa in giudizio) e nell'art. 425 c.p.p. (evidenza dell'innocenza), nonostante la disarmonia legislativa» (cfr., in tal senso, G. ICHINO, *Alcuni spunti di riflessione sul tema delle indagini preliminari*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, 693). V.

Le ragioni addotte a motivo dell'opinione in discorso sono difficilmente confutabili: tra il parametro dell'archiviazione, costruito dall'art. 125 disp. att. c.p.p., e quello enucleato per l'udienza preliminare dall'ormai vecchio testo dell'art. 425 c.p.p., esisteva uno iato applicativo di vaste dimensioni, tale, cioè, da consentire a quel pubblico ministero che avesse chiesto il rinvio a giudizio, pure in presenza dei presupposti dell'archiviazione, di passare indenne attraverso il filtro dell'udienza preliminare. Il fatto che il giudice potesse pronunziare sentenza di non luogo a procedere solo in presenza di un'evidente infondatezza dell'imputazione, faceva, infatti, sì che tutte le ipotesi accusatorie accompagnate da materiale probatorio inidoneo a sostenerle in giudizio, ma non tale in maniera "evidente", si scaricassero sul dibattimento.

Il fenomeno in discorso, talora indicato con la significativa formula di "esercizio apparente dell'azione penale", risulta quanto mai pericoloso in uno scenario processuale costruito secondo il paradigma del processo accusatorio.

Nel modello noto con questo nome, un metodo conoscitivo giudiziale basato sul contrapporsi dialettico delle parti dinanzi al giudice-arbitro impone a quest'ultimo quel non interventismo sugli eventi processuali che presuppone antagonisti attivi e consapevoli delle rispettive potenzialità⁽¹³⁾.

Dove una o entrambe le parti scelgano un ruolo passivo, il delicato meccanismo del processo accusatorio si altera, esce dai suoi binari, volgendosi verso direzioni *tutte comunque incoerenti* con lo spirito del fenomeno. Esemplificando, e prendendo in considerazione appunto il caso del pubblico ministero che produca in dibattimento ipotesi accusatorie mal costruite, si avranno due possibili esiti. Il primo evoca uno scenario paradossale, ma almeno coerente colla presunzione costituzionale di non colpevolezza: assente l'apporto dialettico e probatorio dell'accusa, il giudice prende atto che non esistono prove a carico del-

per l'orientamento giurisprudenziale citato, Trib. Forlì, 22 giugno 1990, Buda, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1990, 579; G.i.p. Trib. Teramo, 5 febbraio 1991, Vallonchini, *ivi*, 1991, 433; G.i.p. Trib. Roma, 14 febbraio 1991, Rubini, in *Giur. Merito*, 1992, 407. *Contra* App. Milano, 25 maggio 1992, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1992, 554; Corte Mil. App., 28 giugno 1991, Vario, *ivi*, 1992, 57.

⁽¹³⁾ Per questo fondamentale profilo del sistema c.d. accusatorio v. G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 2.

l'imputato e quindi assolve. È un'ipotesi – si è premesso – coerente con il canone *actore non probante, reus absolvitur*, ma, di volta in volta, insensibile rispetto a quell'esigenza di difesa della società dal crimine che neppure un processo accusatorio vuole ignorare ⁽¹⁴⁾.

Il secondo possibile termine dell'azione esercitata in mancanza dei suoi presupposti è altrettanto esiziale: qui il giudice non assiste inerte alla disfatta dell'accusa, ma interviene ben oltre i limiti consentitigli dall'art. 507 c.p.p., conducendo egli stesso quell'istruzione probatoria della quale avrebbe dovuto limitarsi a fungere da arbitro ⁽¹⁵⁾. Esito assai poco allettante, perché ad esso corrisponde una sostanziale abdicazione della prassi al sistema rifiutato dal legislatore con l'abbandono del codice 1930, nonché il sacrificio del principio costituzionale di non colpevolezza, il cui effettivo rispetto comporterebbe il proscioglimento dell'imputato dinanzi ad un carente apporto probatorio della controparte.

Sino all'entrata in vigore della riforma legislativa del '93, la dottrina ha tentato di rimediare a questo stato di cose con una serie di proposte interpretative indirizzate a "dribblare" lo scoglio semantico dell'art. 425 c.p.p., riaccostando i due parametri dell'archiviazione e dell'udienza preliminare.

Il migliore di tali apporti si basava sulla natura procedimentale della decisione conclusiva dell'udienza – contenente, quindi, non un accertamento di innocenza o colpevolezza, come la sentenza dibattimentale, bensì solo l'accertamento della necessità di procedere ulteriormente – argomentando come «l'evidenza che giustifica il non luogo a procedere, sussiste quando è chiara, inequivocabile l'impossibilità di sostenere l'accusa in dibattimento... in quanto vi è la prova negativa oppure manca ogni prova positiva di responsabilità oppure la prova risulta insufficiente o contraddittoria» ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. G. CONSO, *Conclusioni di un dibattito sull'udienza preliminare*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, 70.

⁽¹⁵⁾ La Corte costituzionale, nella sent. 26 marzo 1993, n. 111, ha osservato come questo tipo d'intervento giudiziale sull'istruzione probatoria sia una conseguenza, tra l'altro, della natura obbligatoria dell'azione penale che, in quanto tale, non può essere lasciata, neppure in dibattimento, nella disponibilità dell'accusa. Per una accurata analisi della sentenza e dell'orientamento che essa palesa v. il § 2 del presente Capitolo, dedicato alle sorti dell'azione penale nel giudizio.

⁽¹⁶⁾ In questi termini, G. LOZZI, *L'udienza preliminare*, cit., p. 24. Sostanzialmente analoghe le soluzioni interpretative proposte da D. GROSSO, *L'udienza preliminare*,

Sempre improntata da un'esigenza di raccordo sistematico tra l'art. 425 c.p.p. e le restanti disposizioni codicistiche, è l'interpretazione suggerita da quanti, notando come l'art. 129 c.p.p. imponesse al giudice l'immediato proscioglimento dell'imputato negli stessi casi descritti dalla norma regolante la sentenza di non luogo a procedere, senza però pretendere, al pari di questa, il requisito dell'evidenza, ne proponevano l'applicazione anche in sede di udienza preliminare ⁽¹⁷⁾.

Al di là della maggiore o minore condivisibilità dei singoli assunti argomentativi dal punto di vista tecnico e dogmatico, resta il fatto che tutti emanavano l'"aura" di contorcimenti verbali in fondo inadatti a spezzare la rigidità del parametro decisionale voluto dall'art. 425 c.p.p. L'unica reale soluzione era – come, del resto, la dottrina aveva notato ⁽¹⁸⁾ – un intervento del legislatore volto a ricondurre ad un rapporto coerente la regola di giudizio dell'art. 125 disp. att. c.p.p. e quella dell'art. 425 c.p.p., così da ricostruire la specularità implicita in un sistema che configurava la prima norma, quale strumento di controllo sull'inazione e la seconda, quale strumento di controllo sull'azione ormai esercitata.

cit., p. 240; M. KROGH, *Art. 425 c.p.p.*, cit., 351; D. SIRACUSANO, *Evidenza e decisione allo stato degli atti*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1942, ora nel volume *L'udienza preliminare*, cit., p. 139.

⁽¹⁷⁾ Optano per questa interpretazione "correttiva" N. BARTONE, *Aspetti patologici dell'udienza preliminare*, cit., 689; D. BIELLI, *Natura e funzione*, cit., 270; A.A. DALIA e M. FERRAJOLI, *Corso di diritto processuale penale*, Padova, 1992, p. 540; S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari*, cit., 68. Nei confronti di questo tentativo restano valide le obiezioni di chi notava come, in tal modo, si applicasse una norma generale ad una fattispecie già regolata mediante una disposizione specifica, ovvero esattamente quell'art. 425 c.p.p., la cui lettera si mirava ad aggirare. Si può aggiungere che, come ammettono gli stessi fautori di quella tesi, dall'applicazione dell'art. 129 c.p.p. deriverebbe l'attribuzione di natura "sostanziale" e non "processuale" alla sentenza di non luogo a procedere, esito non solo poco condivisibile dal punto di vista dogmatico, ma addirittura esiziale, sotto il profilo del pre-giudizio che, in caso di provvedimento positivo, deriverebbe a carico dell'imputato da una decisione emanata a seguito di un accertamento del merito. Dinanzi a tale prospettiva, risulta scarsamente influente l'idea che si tratti, in ogni caso, di un accertamento allo stato degli atti (cfr., in tal senso, D. BIELLI, *Natura e funzione*, cit., 270). Anch'esso, infatti, è idoneo, come ogni accertamento non meramente processuale, ad apporre un *quantum* di pregiudizialità sulla decisione in cui si risolve.

⁽¹⁸⁾ Cfr. G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, Torino, 1993, p. 28; L. MARAFIOTI, *Sui poteri decisori*, cit., 716.

La L. n. 105 del 1993 ha operato quell'indispensabile mutamento, intervenendo a cancellare il discusso aggettivo "evidente", ma ha lasciato, a disciplinare la regola di giudizio che presiede all'emissione della sentenza di non luogo a procedere, un insieme di formule verbali, tranciate nel loro significato dall'eliminazione dell'evidenza, e non aventi maggior peso definitorio di un buco redazionale sotto la dizione codicistica "Art. 425".

Ma vi è di peggio: l'attuale lettera della norma, pur con tutta la sua apparenza di formula spettrale, echeggia pericolosamente quella dell'art. 530 c.p.p. contenente un elenco di fattispecie assolutorie *nel merito*, tant'è vero che i primi commentatori della L. n. 105 del 1993 hanno, non a torto, ritenuto ravvisabile nella modifica l'intento legislativo di «rendere l'udienza preliminare... una fase giurisdizionale di valutazione piena del merito della *regiudicanda*» ⁽¹⁹⁾.

Pare dunque indispensabile chiarire la natura dogmatica delle decisioni emesse dal giudice al termine dell'udienza preliminare, allo scopo di procedere ancora una volta ad un'opera reinterpretrativa dell'art. 425, più che mai urgente dopo l'intervento della legge n. 105 del 1993.

Che l'udienza di cui si discute sia fase pienamente giurisdizionale non può essere messo in dubbio, già per il semplice fatto che essa costituisce il primo intervento di una *iurisdictio* evocata direttamente dall'atto di esercizio dell'azione in cui si risolve la richiesta di rinvio a giudizio.

⁽¹⁹⁾ Cfr., in tal senso, A. GIARDA, *Una norma al centro del sistema accusatorio*, cit., 515; A. MACCHIA, *La «nuova» sentenza di non luogo a procedere e il decreto che dispone il giudizio tra «cripto-motivazione» e dubbi di costituzionalità*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2414; V. PERCHINUNNO, *Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all'azione penale*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, *Atti del Convegno Mattinata, 23-25 settembre 1994* (in corso di pubblicazione); *contra*, però, ovvero in senso favorevole alla natura "processuale" dei provvedimenti conclusivi dell'udienza, v. S. CELLETTI, *L'udienza preliminare dopo la legge 8 aprile 1993, n. 105. Il problema della compatibilità della nuova regola di giudizio con il rito camerale*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1993, 489. Assai contraddittoria, sotto questo profilo, è la posizione di A.A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit., pp. 141 e 152, che, da un lato mette in guardia contro i pericoli di pre-giudizio insiti nella parificazione tra le due regole di giudizio dell'art. 425 e 530 c.p.p., invocando, per la prima, l'applicazione del parametro contenuto nell'art. 125 disp. att. c.p.p., mentre, d'altro canto, postula una differenza meramente quantitativa tra il giudizio del giudice dell'udienza preliminare e quello operato dal giudice del dibattimento, entrambi risolvendosi in una decisione *di merito*.

Da questa semplice constatazione deriva, immediato, un importante interrogativo: ci si chiede, cioè, se, posto che l'udienza preliminare possiede i connotati della *iurisdictio*, i provvedimenti che la concludono abbiano natura di merito o di rito ⁽²⁰⁾.

Prima del mutamento legislativo operato sull'art. 425 c.p.p., tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza erano sostanzialmente univoche nel rispondere positivamente alla seconda alternativa ⁽²¹⁾, sul postulato fondamentale che una delibazione preliminare circa la fondatezza dell'accusa non comportasse un pregiudizio per l'imputato solo qualora finisse con l'estrinsecarsi in un provvedimento di mero rito, inidoneo, quindi, a prendere una posizione qualsiasi sul problema della probabile colpevolezza o innocenza dell'imputato ⁽²²⁾. Il requisito dell'evidenza, richiesto dal legislatore per la pronuncia del provvedimento di non luogo a procedere, corroborava con la certezza delle prese di posizione

⁽²⁰⁾ Parlando, in questo contesto, di natura rituale o meno, attribuibile ai provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare, non si fa riferimento, evidentemente, alla "classica" gerarchia di formule terminative del processo. Qui si allude ad una natura "intrinseca" dei provvedimenti *de quo*, all'interno della quale, poi, risulta nuovamente adoperabile la scansione delle formule terminative in quelle che assolvono "in rito" e "nel merito". Su questa distinzione, effettuata con riferimento al problema della "natura" attribuibile alla vecchia sentenza istruttoria di proscioglimento cfr. le acute considerazioni di O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, p. 293.

⁽²¹⁾ Per la natura meramente processuale del provvedimento terminativo dell'udienza preliminare, v. A. NAPPI, voce *Sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1330; G.D. PISAPIA, *Introduzione*, in *L'udienza preliminare*, cit., p. 12; A. PRESUTTI, *Presunzione d'innocenza*, cit., 1368, che rileva come il parametro dell'evidenza apposto dal legislatore a costituire il nucleo della decisione di non luogo a procedere vede il suo senso e il suo ruolo specifico nella necessità di evitare che la cognizione del giudice dell'udienza preliminare travalichi i limiti ad essa prefissati, traducendosi in un pregiudizio per l'imputato. La Corte costituzionale, da parte sua, ha basato proprio sulla natura "di rito" del *thema decidendum* sottoposto all'attenzione del giudice, il rigetto della prospettata ipotesi d'incompatibilità tra g.i.p. che abbia emesso un provvedimento d'imputazione coatta e giudice della conseguente udienza preliminare. Cfr., in tal senso, Corte cost., sent. n. 401 del 1991.

⁽²²⁾ Già G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 176 notava come «di per sé, una valutazione preliminare della fondatezza dell'imputazione è, nello svolgimento del processo, un passaggio obbligato, certo non impedito dalla presunzione d'innocenza. Il problema sorge quando la decisione in proposito non ha una rilevanza meramente interna... ma si traduce in un giudizio provvisorio di colpevolezza che ... influisce, indirettamente, anche sulla decisione finale».

legislative quest'impostazione ideologica ⁽²³⁾.

Con siffatta linea di pensiero risultava assolutamente coerente l'attribuzione all'udienza preliminare di un ruolo di controllo circa la correttezza dell'azione penale esercitata ⁽²⁴⁾, effettuato allo scopo di scongiurare la celebrazione di un dibattimento superfluo o, comunque, incoerente con le regole di un processo effettivamente accusatorio.

Questa intima coerenza logica, implicita nel circolo conchiuso instaurantesi tra la regola di giudizio dell'art. 425 c.p.p., la natura meramente "processuale" della sentenza ivi regolata e, infine, la funzione specifica dell'udienza preliminare, pare spezzata dall'eliminazione del più "tangibile" tra gli elementi della catena concettuale in discorso, ossia l'evidente infondatezza dell'accusa.

All'interprete resta il compito di rimediare al vuoto con una regola di giudizio che, *diversamente* dal vecchio art. 425 c.p.p., risulti coerente col parametro previsto per l'archiviazione, ma che, allo stesso tempo, possieda caratteri dogmatici tali da permettere, *come* il vecchio art. 425 c.p.p., l'emissione di una decisione meramente processuale.

L'unico parametro che possieda le caratteristiche indispensabili allo scopo è proprio quello previsto dall'art. 125 disp. att. c.p.p.

La sua adozione consente, da un lato, di trasformare l'udienza preliminare in una fase di controllo perfettamente speculare rispetto a quella in cui si risolve l'archiviazione e, dall'altro, di mantenere sul piano del rito il *thema decidendum* sottoposto alla *cognitio* del giudice, che sarà chiamato a controllare solo ed esclusivamente l'idoneità degli elementi investigativi raccolti dal pubblico ministero a sostenere l'accusa in giudizio. In altre parole, il sindacato dell'organo giudicante dovrà spingersi ad una verifica dell'intrinseca coerenza dell'ipotesi accusatoria, una volta che questa sia venuta a contatto con gli strumenti argomentativi sfoderati dalla difesa nel corso dell'udienza preliminare,

⁽²³⁾ Come chiarisce la Corte costituzionale nel contesto della citata sent. n. 41 del 1993, in quest'ottica «ben si spiega non solo e non tanto la specifica denominazione di "non luogo a procedere" che qualifica – rendendone evidente la peculiarità – la sentenza che definisce l'udienza preliminare, ma, soprattutto, la regola di giudizio che sottende l'adozione di quella pronuncia».

⁽²⁴⁾ Sullo stretto coordinamento tra regola di giudizio basata sull'evidenza e funzione di mero controllo sul corretto esercizio dell'azione penale, v. A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 3^a ed., 1993, p. 243.

rimanendo assolutamente fuori discussione ogni indagine nel merito dell'innocenza o colpevolezza dell'imputato ⁽²⁵⁾.

Sembra importante, a questo proposito, ribadire che l'udienza preliminare non era, prima della L. n. 105 del 1993, e non è, tutt'ora, uno strumento di *diretta* tutela dell'imputato.

L'istituto ha una propria specifica funzione, rintracciabile nella garanzia della sostanziale ottemperanza al principio di obbligatorietà – violato, come si è detto, da tutte quelle forme di “esercizio apparente dell'azione penale” – e nella garanzia di una effettiva esplicazione dei principi accusatori nel contraddittorio dibattimentale. È ovvio, poi, che questa specifica funzione si traduca in una forma di tutela per l'imputato, liberandolo dalla pendenza di un processo che non avrebbe neppure dovuto iniziare; ma, al pari di quanto notato a proposito dell'archiviazione, costruire l'udienza preliminare come strumento di tutela diretta dell'imputato e, quindi, come fase di accertamento circa la sua innocenza o colpevolezza, significa trasformare l'eventuale provvedimento di rinvio a giudizio in una forma di accertamento nel merito, potenzialmente in grado di influenzare la verginità gnoseologica del giudice dibattimentale ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Per l'opinione opposta v. P. CORVI, *L'udienza preliminare*, cit., 1100.

⁽²⁶⁾ È importante, dunque, evitare ogni connotazione dell'udienza preliminare in termini di diretta garanzia per l'imputato. In questa direzione, peraltro, si muove, inopinatamente, la sentenza della Corte costituzionale n. 82 del 1993 già citata, che identifica proprio nella funzione di garanzia del diritto di difesa il carattere dominante dell'udienza. Anche le recenti sentenze costituzionali n. 77 del 1994 e n. 88 del 1994, producono, sia pur indirettamente, una deviazione dell'udienza preliminare dall'accennata funzionalità quale sede di un controllo meramente processuale. La prima sentenza, consentendo l'ammissibilità dell'espletamento dell'incidente probatorio anche in sede di udienza preliminare, accentua quel processo di complessiva valorizzazione in senso “istruttorio” dell'attività pre-dibattimentale che, saldamente affermato dallo stesso legislatore con la L. 7 agosto 1992, n. 356 (ampiamente innovativa dell'art. 500 c.p.p.) rischia, tra l'altro, di immutare l'udienza di cui si discute in fase di primo controllo sul merito di un'accusa, che vi giunge provvista di vere e proprie “prove”. La sent. cost. n. 88 del 1994 persevera su questa lunghezza d'onda: dare, infatti, al giudice dell'udienza preliminare una terza alternativa tra decreto di rinvio a giudizio e sentenza di non luogo a procedere, consentendogli la restituzione degli atti al pubblico ministero affinché descriva il fatto diversamente da come ipotizzato nell'atto imputativo, significa espandere il suo potere di valutazione in direzioni che consentono, a buon diritto, di dire che l'udienza *ex art. 416 e ss.* è sempre più “udienza” e sempre meno “preliminare” (così P. CORVI, *L'udienza preliminare*, cit., 1081). In senso contrario, però, v. la sent. n. 41 del 1993, ponendo l'accento sul

A conclusione dell'analisi, sembra opportuno richiamare l'attenzione su quell'orientamento dottrinale che critica in radice la medesima volontà legislativa di costruire l'atto d'esercizio dell'azione penale come mera richiesta di rinvio a giudizio, ovvero quale atto che postula l'intervento della *iurisdictio* in funzione di controllo sulla ricorrenza dei presupposti previsti dal codice ⁽²⁷⁾.

Secondo l'orientamento in parola, siffatta costruzione è inconciliabile con un processo che si autodefinisca accusatorio, il cui prototipo sarebbe, invece, egregiamente rappresentato dalla citazione diretta in cui si risolve l'atto d'esercizio dell'azione nel rito pretorile.

Il punto è che, comunque si consideri l'udienza preliminare in relazione al modello cosiddetto accusatorio ⁽²⁸⁾, resta vero che essa pare aver fallito il suo compito, per l'inefficienza del metro di giudizio previsto dall'art. 425 c.p.p., prima, e, dopo la riforma legislativa del 1993, a causa dei rischi impliciti proprio nell'"allargamento" dei poteri decisionali del giudice controllante, una volta eliminato il requisito dell'"evidenza".

Ad un anno di distanza dalla L. n. 105 del 1993, l'esperienza pratica pare dimostrare che l'imputato si astiene, il più delle volte, dall'esercitare il proprio diritto di difesa nell'udienza preliminare, rimandando al dibattimento ogni "contromossa", rispetto agli assunti dell'accusa, proprio in vista dei rischi impliciti in un rinvio a giudizio non più basato sulla "non evidente innocenza" e per di più suffragato dall'inutile esperimento di tattiche difensive.

In prospettiva *de iure condendo*, dunque, sembra di dover appoggiare l'opinione di chi mira a costruire l'udienza preliminare quale controllo meramente episodico, evocato, cioè, dalla richiesta dell'imputato che ritenga di poter o dover approfittare della possibilità di distruggere, prima del dibattimento, l'assunto accusatorio ⁽²⁹⁾.

ruolo, attribuito dal legislatore all'udienza, di vaglio dell'accusa, finalizzato ad evitare un dibattimento superfluo.

⁽²⁷⁾ Per questa impostazione cfr. ampiamente C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, Torino, 1991, p. 600.

⁽²⁸⁾ Ad esempio, secondo A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, p. 248, ad essere inconciliabile con i principi di un modello processuale "accusatorio" è proprio il rito pretorile, in quanto privo di una forma di controllo sull'azione penale "esercitata" analoga all'udienza preliminare.

⁽²⁹⁾ Cfr. C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 602 sottolineando come

2. *L'azione penale nel dibattimento*

La carenza di un efficace sistema di controllo sulla correttezza dell'azione esercitata genera, come si è accennato, risultati distorsivi nel contesto della fase dibattimentale, notoriamente la più importante e delicata di un processo improntato ai principi accusatori.

Dinanzi ad una ipotesi accusatoria condotta sino al giudizio di merito nonostante la carenza di risultanze investigative idonee a sostenerla, il giudice dibattimentale può, teoricamente, assumere un duplice atteggiamento: di mera "registrazione" delle insufficienze accusatorie – con un conseguente proscioglimento dell'imputato da ogni addebito – ovvero di "supplenza" nei confronti della parte che giunge impreparata al dibattimento, nel caso di specie, del pubblico ministero.

Questa "scelta" comportamentale, così teoricamente rappresentata, non è, però, più possibile nel sistema delineato dal codice di procedura penale 1988, in cui il metodo di accertamento della verità giudiziale si basa sull'efficacia cognitiva derivante dall'alternarsi dialettico degli apporti istruttori forniti dalle parti ad un giudice concepito come rigorosamente immune da interventi di sorta sulle vicende procedimentali.

Esiste solo una norma che incrina questo quadro di rigorosa "inattività" dell'organo giudicante, e cioè l'art. 507 c.p.p., ai sensi del quale «terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione di nuovi mezzi di prova»⁽³⁰⁾.

«sarebbe sistema accusatorio razionalmente impostato, quello che facesse a meno della richiesta di rinvio a giudizio per far posto in via generale ad una citazione diretta dell'imputato in dibattimento e che vi derogasse, non già per iniziativa del pubblico ministero il quale *functus est munere suo* e perciò nulla potrebbe fare per sottrarre l'esercizio dell'azione al suo naturale destino, bensì per iniziativa esclusiva dell'imputato, il quale eccezionalmente ritenesse di potersi sottrarre al dibattimento ovvero intendesse sottrarsi di fronte all'eventualità di vantaggi sanzionatori».

⁽³⁰⁾ I primi commenti della dottrina nei confronti della norma sono stati tutt'altro che univoci. Grave incrinatura nei canoni di un processo accusatorio, a detta di G. TRANCHINA, *Ruoli naturali e innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Milano, 1991, p. 498. Sapientemente guardinga nei confronti dell'art. 507 c.p.p. è la posizione di D. SIRACUSANO, *I principi generali del giudizio penale*, in AA.Vv., *Manuale*, cit., II, 1991, p. 259. *Contra*, in senso decisamente favorevole agli spazi d'intervento consentiti al giudice dall'art. 507 c.p.p., v. E. FASSONE, *Giudice-arbitro, giudice-notaio o semplicemente giudice?*, in *Quest. Giust.*, 1989,

La brevità, l'“aspetto” apparentemente dimesso della norma, trae in inganno sulla sua portata effettiva, sulla sua attitudine – qualora non rettamente interpretata – a vanificare il principio, sopra descritto, di affidamento dell'istruzione probatoria alle parti e ad esse soltanto.

È sembrato opportuno occuparsi dell'art. 507 c.p.p. in questa sede, per un motivo assai semplice: la Corte costituzionale, in una sentenza ancora recente ⁽³¹⁾, ha consegnato agli interpreti la “sua” versione della norma in discorso, adeguandosi all'orientamento ermeneutico più

582; V. ZAGREBELSKJ, *Sul ruolo del giudice nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 1989, II, 848. Per un'analisi più approfondita dell'art. 507 c.p.p., v. F.R. BAROCCI, *L'art. 507 c.p.p. nell'interpretazione delle Sezioni unite*, in *Giur. It.*, 1994, II, 17; A. BASSI, *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1993, 1370; A. GIARDA, “Astratte modellistiche” e principi costituzionali del processo penale, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, 889; F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice dibattimentale*, in *Cass. Pen.*, 1993, 280; L.G. LOMBARDO, *Principio dispositivo e poteri officiosi del giudice penale: osservazioni sull'art. 507 c.p.p.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, 1268; D. MANZIONE, *Art. 506-507*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale cit.*, V, 1991, p. 376; L. MARAFIOTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni Unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, 829; A. NAPPI, *L'art. 507 c.p.p.: un eccessivo «self restraint» giurisprudenziale*, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 773; E. RANDAZZO, *L'assunzione di nuove prove e le integrazioni inquisitorie del giudice dibattimentale*, *ivi*, 1293; ID., *L'interpretazione dell'art. 507 c.p.p. dopo le decisioni delle Sezioni unite e della Corte costituzionale*, *ivi*, 1993, 2235; A. SCELLA, *I residuali poteri d'iniziativa probatoria del giudice dibattimentale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, 1210; G. SPANGHER, *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del «sistema accusatorio» compatibile con la Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1993, 919; T. TREVISSON LUPACCHINI, *Sul potere del giudice di disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova*, in *Giur. It.*, 1992, II, 583; nonché, volendo, C. VALENTINI REUTER, *Sui limiti insiti nei poteri conferiti al giudice dagli artt. 506-507*, *ivi*, 1992, II, 111; ID., *La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, in *Giur. Cost.*, 1993, 922. In generale sui rapporti tra giudice e parti nel codice del 1988 v. V. GAROFOLI, *L'introduzione della prova testimoniale nel nuovo processo penale*, Milano, 1992, p. 4. In giurisprudenza, a favore di un'interpretazione “restrittiva” dell'art. 507 c.p.p. v. Cass., Sez. III, 3 dicembre 1990, Ventura, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 154, 495; Pret. Potenza, 18 febbraio 1991, Lomonaco, *ivi*, 1991, II, 322, 881; Pret. Roma, 15 maggio 1991, Iacobelli, *ivi*, 1991, II, 276, 777; Trib. Treviso, 27 maggio 1991, Montesel, *ivi*, 1991, II, 277, 781; Trib. Roma, 18 giugno 1991, Blasi, in *Giur. It.*, 1992, II, 110. *Contra* v. Pret. Torino, 22 marzo 1990, Prono, *ivi*, 1990, II, 234; Pret. Genova, 26 novembre 1990, Puddinu, in *Foro It.*, 1991, II, 692; App. Genova, 2 luglio 1991, Corradengo, in *Cass. Pen.*, 1992, 1334.

⁽³¹⁾ Cfr. Corte cost. sent. n. 111 del 1993.

pericoloso per la tenuta dei principi accusatori e, in quest'opera "ricostruttiva", si è basata su di un concetto dell'azione penale, nelle sue esplicazioni dibattimentali, che sembra assai arduo condividere.

Allo scopo di controllare la verosimiglianza degli argomenti adoperati dalla Corte, occorre procedere ad una compiuta analisi dei sottofondi concettuali impliciti nella norma in discussione.

L'art. 507 c.p.p. è una disposizione "di chiusura" indirizzata a regolamentare un'ipotesi, ma non rara, evenienza del procedimento volto all'accertamento del reato, ovvero il caso in cui, terminata la fase centrale del dibattimento, il giudice si trovi ancora sprovvisto di strumenti che lo pongano in grado di emettere una sentenza. Può trattarsi di un'evenienza fisiologica dovuta alla "non conclusività" degli apporti argomentativi di parte, venuti a reciproco contatto; ma può trattarsi anche, come si è accennato, di una "patologica" carenza di preparazione.

Sia come sia, decisivo è il fatto che il giudice dubita ancora e l'art. 507 c.p.p., a determinate condizioni sulle quali appunto verte il dibattito interpretativo, gli fornisce il mezzo per superare lo stato di dubbio.

La relativa situazione è stata descritta in alcune pagine non più recentissime e, tuttavia, non per questo meno efficaci: «Si suol ripetere... che la conoscenza del fatto da parte del giudice... rappresenta il principale obbiettivo del processo penale. Ma è agevole avvertire come tale obbiettivo non sempre può essere conseguito, mentre, per converso, la decisione del giudice non può assolutamente mancare. Ond'è che vien fatto di chiedersi: se il giudice non può fare a meno di decidere anche quando l'insieme delle prove raccolte non è idoneo a determinare in lui la persuasione, ossia quando versa in stato di *dubbio*, in tal caso come dovrà egli regolarsi?» ⁽³²⁾.

Il *dubbio*, quale fondamentale stato della psiche impossibilitata ad assumere «ogni atteggiamento sicuro o definitivo sul piano della conoscenza o dell'azione» ⁽³³⁾ riveste un'importanza primaria nell'esercizio della *jurisdictio*, in un duplice senso ⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Così A. FOSCHINI, *L'onere della prova e il processo penale*, in *Studi per E. Eula*, Milano, 1957, p. 10. Sull'argomento si leggano pure le belle pagine di G. BELLAVISTA, *Il processo come dubbio*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1967, 762.

⁽³³⁾ Tale la definizione della parola "dubbio" fornita da G. DEVOTO e G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1971, p. 767.

⁽³⁴⁾ «Il mancato conseguimento della certezza è un fenomeno ricorrente nelle vi-

Anzitutto è lo stato di dubbio ⁽³⁵⁾ che consente al giudice di essere in una positura psicologica idonea a procurarsi senza pre-giudizi quegli strumenti conoscitivi grazie ai quali potrà emettere una decisione corretta. Il dubbio, quindi, appare in questa accezione, come lo stadio di partenza, il motore che avvia il processo. In un secondo senso – quello preso in considerazione dalla paradigmatica frase appena citata – il dubbio si configura come momento d'arresto, situazione geneticamente inconfigurabile in un processo che rifiuti di attestarsi, come posizione finale, sul *non liquet*. Che la legge eviti di prevedere esiti dubitativi per il processo, non implica, però, che, di fatto, l'organo giudicante non possa finire col trovarsi, al termine dell'istruzione probatoria, moralmente impossibilitato ad esprimere una decisione qualunque.

La storia del processo penale – in quanto momento conoscitivo per eccellenza, idoneo, per di più, a produrre conseguenze di grave portata a carico dell'individuo il cui passato comportamento sia appunto oggetto di indagine in quel contesto – è la storia delle soluzioni alternativamente fornite al problema del dubbio. Sistemi accusatori ed inquisitori ⁽³⁶⁾ hanno fornito e forniscono strumenti profondamente diversi

cede processuali». Così A. GAITO, *Querela. Termine e decadenza*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1976, 1040, sottolineando un aspetto peculiare nel problema del dubbio processuale, concernente la c.d. presunzione di tempestività della querela. In argomento v. pure G. CONSO, *L'indagine sulla tempestività della querela*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1956, 454; O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento*, cit., 216; G. GALLI, *Dubbio sulla tempestività della querela e favor rei*, in *Temi*, 1972, 480.

⁽³⁵⁾ Qui occorre una precisazione: dal punto di vista giuridico, il giudice dibattimentale dovrebbe trovarsi, all'inizio del processo, in uno stato di assoluto agnosticismismo sui fatti di causa, tant'è vero che l'aver manifestato il proprio parere fuori o durante l'esercizio delle sue funzioni costituisce, rispettivamente, causa di astensione e ricusazione ai sensi degli artt. 36 e 37 c.p.p. All'inizio del procedimento il giudice, piuttosto che dubitare, non sa nulla, vera e propria *tabula rasa* su cui le parti scriveranno, ognuna secondo la propria visuale, la storia degli eventi accaduti. Questo secondo la legge. Da un ovvio punto di vista psicologico, invece, il più delle volte il giudice non tanto è fattualmente informato dei fatti in causa, quanto piuttosto possiede una propria germinale opinione su di essi, frutto della sua *Weltanschauung*, o di inconsci pregiudizi o, più semplicemente, degli umori mattutini. Sotto il profilo psicologico, dunque, il giudice, più che essere in una situazione di totale vuoto gnoseologico, dubita, si trova in uno stato di incertezza, risolvibile solo mediante l'istruzione probatoria.

⁽³⁶⁾ Sull'argomento v. i più volte citati contributi di G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, *ivi*, p. 340; F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966;

allo scopo, tanto perché risulti preventivamente evitata la situazione d'incertezza, quanto perché – una volta che, nonostante tutto, il dubbio sia sorto – l'organo giudicante venga posto in grado di superarlo.

Nella visuale accusatoria – cui si attribuisce tradizionalmente la priorità storica nel sottoporre ad una forma di regolamentazione l'indagine volta ad appurare l'attribuibilità di un dato crimine ad un soggetto individuato ⁽³⁷⁾ – la conoscenza giudiziale è ottenuta, come si è accennato, mediante una “tenzone” dialettica tra parti contrapposte, cui è demandata raccolta e presentazione delle prove, destinate a convincere un giudice reso imparziale dal suo ruolo di “arbitro” *super partes*. Ulteriori e/o consequenziali caratteristiche del modello sono l'avvio del processo ad opera di un soggetto distinto dall'organo giudicante (*quivis de populo*, persona offesa o pubblico accusatore), pubblicità e oralità del procedimento ⁽³⁸⁾, libertà personale dell'accusato sino alla sentenza definitiva ⁽³⁹⁾. Si tratta ovviamente di una ricostruzione moderna, sintesi semplificatrice di strumenti d'accertamento del reato che

U. DINACCI, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*, Napoli, 1984, p. 4; K. ELLING, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, Breslau, 1911, p. 14; P. FIORELLI, voce *Accusa e sistema accusatorio (dir. romano e intermedio)*, in *Enc. Dir.*, I, 1958, p. 330; G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 1; G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1949, 9; S. LONGHI, *Commento al codice di procedura penale*, a cura di L. Mortara ed altri, V, Torino, 1921, p. 16; L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, 3^a ed., Firenze, 1908, p. 31; C.J.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, (trad. it.), Milano, 1858, p. 30.

⁽³⁷⁾ Così G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, cit., p. 336; L. LUCCHINI, *Elementi*, cit., p. 32; leggermente diversa l'opinione di P. FIORELLI, voce *Accusa e sistema accusatorio*, cit., p. 331, che evidenzia come «Roma repubblicana non ci presenta nelle sue origini un processo penale di tipo accusatorio. La procedura comiziale, la più antica a noi nota... si regge sulla *coercitio* dei magistrati forniti d'*imperium*, temperata dal diritto del condannato d'appellarsi al popolo riunito nei comizi... È scomparsa la primitiva anarchia, di cui si trovano varie tracce nelle Dodici Tavole, dove, accanto a casi d'intervento dello Stato come vendicatore d'alcuni diritti che hanno turbato in maniera particolarmente pericolosa l'ordine giuridico, si trovano casi in cui la vendetta è ammessa e legittimata come la forma normale di reazione al delitto; ma all'intervento privato si è semplicemente sostituito l'intervento degli organi dello Stato, non ancora una collaborazione tra questi e il cittadino».

⁽³⁸⁾ Cfr. K. ELLING, *Die Einführung*, cit., p. 26.

⁽³⁹⁾ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ediz. 1991, p. 433: «nel canone inquisitorio l'imputato è “custodiendus” se non risulta innocente; secondo l'accusatorio è “relaxandus sub fideiussione”».

vanno dal *judicium Dei* ⁽⁴⁰⁾, alle dispute verbali tecnicamente affinate del primo processo canonico ⁽⁴¹⁾, per giungere all'odierna procedura anglo-americana. Fondamentale resta, comunque, nei vari sistemi definibili accusatori, al di là di differenze anche notevoli, la comune visione del giudice come arbitro di una controversia *inter alios acta*, simbolo vivente di un'entità statale troppo debole per interessarsi dei problemi di convivenza sociale dei suoi sudditi, ovvero improntata ad un concetto decisamente liberaleggiante dei rapporti autorità – individuo.

Non è casuale che il sistema inquisitorio si affermi nel momento in cui, attorno al XIII secolo, cominciano a notarsi i primi segni di rafforzamento di quell'entità-Stato che si era eclissata con il crollo dell'impero romano. Nel processo inquisitorio l'Autorità, incarnata nel giudice onnipresente ed onnifacente, incombe con la sua potenza simbolica e fattuale sull'individuo incolpato di un crimine. Il processo viene avviato *ex officio iudicis*, l'acquisizione delle prove, sempre condotta dal *iudex inquisitor*, è una scritta e segreta, né ad essa contribuisce l'imputato, se non con la propria confessione, *regina probationum*, di cui viene teorizzata l'ottenibilità attraverso la tortura ⁽⁴²⁾. Sarebbe inutile dilun-

⁽⁴⁰⁾ Sui giudizi di Dio nell'antica procedura penale germanica e nell'alto Medioevo v. C.J.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova*, cit., p. 12; K. ELLING, *Die Einführung*, cit., p. 8. Citando le parole del primo autore: «i giudizj di Dio e il duello giudiziario decidevano della verità dell'accusa. Anche siffatte istituzioni possono, per altro, considerarsi come norme di prova, imperocché il giudice era tenuto di avervi riguardo e di pronunciare secondo queste la sua sentenza».

⁽⁴¹⁾ Sull'argomento v. la splendida ricostruzione di A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, p. 159. L'autore mette in luce come, contrariamente alla visione tradizionale del processo medievale, legata alle elaborazioni del processo inquisitorio col suo sistema di prove legali e la sua decisa direzionalità verso la scoperta della Verità assoluta, della verità ad ogni costo, sia possibile, invece, scindere il processo romano – canonico in due fasi ben distinte, la prima delle quali, predominante sino al XIII secolo, si caratterizza per una «fedeltà ai principi classici della prova: il principio del contraddittorio come imprescindibile criterio della ricerca della verità; l'onere della prova; l'idea di una scala di probabilità... il carattere dilemmatico della conoscenza probabile, la consapevolezza che esiste sempre una probabilità migliore, impone un atteggiamento di prudenza... non tutte le probabilità hanno valore eguale, perché alcune vanno preferite per ragioni etiche: *dubia in meliorem partem sunt interpretanda*. La probabilità migliore opera nel senso di una presunzione d'innocenza».

⁽⁴²⁾ Sull'argomento v. ancora A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 208: «tutto... gravita intorno alla possibilità di ottenere, attraverso la confessione dell'avversa-

garsi a descrivere un sistema già ampiamente discusso e sviscerato, tanto più inutile in quanto, fondamentalmente, la sua caratteristica eclatante era una genetica carenza di limiti, un'espandibilità della ricerca in tutte le direzioni e con tutti in mezzi, giustificantesi in nome dell'oggetto ricercato: la verità reale.

In poche parole: il problema del dubbio viene affrontato dai sistemi accusatori confidando nella naturale capacità indagatrice degli interessi contrapposti, nel gioco dialettico sottile dell'*ars opponendi et respondendi*. Qualora, nonostante tutto, alla fine della rappresentazione il dubbio permanga, una mentalità consapevole dei limiti della conoscenza umana, non meno che dei pregi della prudenza, proclama la libertà dell'accusato la cui colpa non sia stata dimostrata sino alle soglie della certezza.

Nel processo inquisitorio, viceversa, lo stato di dubbio viene eliminato attraverso una ricerca che s'insinua ovunque, operata da un giudice la cui supposta naturale equanimità è garanzia del risultato. Il dubbio è inammissibile dinanzi al valore assoluto di quel Vero la cui conoscenza è scopo primario del processo criminale.

Nella storia del problema del dubbio giudiziale, risulta apportatrice di un contributo decisivo l'idea che l'accusato non possa essere considerato colpevole prima di una sentenza che sostenga il contrario. La presunzione di innocenza, quale criterio valutativo ultimo del materiale probatorio raccolto, costringe l'organo giudicante ad assolvere l'individuo qualora l'accusa non sia riuscita a dimostrarne la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio.

Il principio emerge con nitidezza nel pensiero illuminista del XVIII secolo e Cesare Beccaria ne spiega mirabilmente senso e scopi, in un'opera assunta a vessillo della guerra contro l'oscurantismo delle leggi criminali vigenti all'epoca della sua pubblicazione. Basandosi sull'idea rousseauiana di un contratto sociale che riunisce gli uomini nei primi aggregati societari, Beccaria ammonisce: «Fu... la necessità che costrin-

rio e dell'imputato, con forza probante incontrovertibile, l'accertamento di un "fatto" da cui dipende la sentenza del giudice ...La confessione ha avuto un'importanza straordinaria nel processo penale dell'epoca; è difficile per noi moderni renderci conto come ...nell'Umanesimo, sia stato possibile meditare sulle implicazioni "logiche" di un istituto come la tortura». Per una accurata descrizione del processo inquisitorio nei suoi lineamenti codificati dalle leggi criminali dei vari Stati del mondo germanico, v. K. ELLING, *Die Einführung*, cit., p. 14.

se gli uomini a ceder parte della propria libertà: egli è dunque certo che ciascuno non ne vuole mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; *tutto il di più è abuso, non già diritto*» e continua conseguentemente «un uomo non può chiamarsi reo, *prima della sentenza del giudice*, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali gli fu accordata» ⁽⁴³⁾.

Innestandosi sul tronco di un processo fondamentalmente ancora inquisitorio, benché eufemisticamente denominato “misto” ⁽⁴⁴⁾, la presunzione d'innocenza, però, produce effetti non previsti dai primi teorici, finendo col venire, in sostanza, alquanto diluita dalla coesistenza con istituti profondamente dissonanti. Sembra, infatti, impossibile, se non a prezzo di contorsioni logiche scarsamente chiarificatrici, coordinare la presunzione d'innocenza con l'attivo ruolo del giudice del dibattimento, sempre impegnato, in una con un pubblico ministero definito “parte imparziale”, nel sovrumano compito di ricerca della “verità obbiettiva” ⁽⁴⁵⁾.

Più coerenti dei loro predecessori e meno timorosi – protetti com'erano dall'atmosfera politica del tempo – di esprimere apertamente la loro opinione, gli artefici del codice di procedura penale italiano del

⁽⁴³⁾ Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. 1764, a cura di G.D. Pisapia, Milano, 1973, pp. 12 e 39.

⁽⁴⁴⁾ Conclude in tal senso, sul processo c.d. “misto”, G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio*, cit., p. 3.

⁽⁴⁵⁾ Sull'incompatibilità di alcuni istituti tipici del processo c.d. “misto” con la presunzione d'innocenza cfr. ampiamente A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive d'indagine*, in *Giust. Pen.*, 1975, III, 513. Si può giustapporre all'opinione di questo autore, una frase significativa di G. BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 307, da cui traspare evidente il tentativo di conciliare la posizione del cittadino accusato di un reato, con la filosofia dello Stato fascista: «... anche partendo dalle concezioni autoritarie che considerano il diritto ed il processo penale come strumenti di difesa dello Stato contro l'individuo, non è detto che un dubbio del giudice debba fittiziamente considerarsi alla stregua di una certezza perché una modificazione del motivo informatore delle norme non porta necessariamente ad una modificazione dei criteri di applicazione delle norme stesse. Perché la sanzione penale possa essere applicata è necessario che i fatti i quali danno origine alla pretesa punitiva siano positivamente accertati in quanto la condanna di un innocente non ridonda a beneficio di uno Stato autoritario più di quanto non ridondi a vantaggio di uno Stato a regime liberale».

1930 bollavano la presunzione d'innocenza come una «stravaganza derivante da quei vieti concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati ed incoerenti eccessi le garanzie individuali» ⁽⁴⁶⁾.

Dopo la fine del secondo conflitto mondiale e l'instaurazione dell'ordine democratico, la recezione – nel corpo dell'art. 27 Cost. – del principio di non colpevolezza dell'imputato sino alla sentenza definitiva, riporta in auge i problemi applicativi di una *praesumptio iuris* dall'imprescindibile importanza, decisamente contrastante non solo e non tanto con singoli istituti, quanto piuttosto con la medesima strutturazione di un codice di procedura penale datato 1930 ⁽⁴⁷⁾. I materiali raccolti nell'istruzione compiuta da una parte – il pubblico ministero – o, in alternativa, da un giudice che funge da investigatore, trasmigrano a porte aperte sino alla fase dibattimentale, ridotta, in modo assai poco consoni coi principi di oralità e immediatezza, al luogo in cui si ridiscutono prove costruite *ex ante* e immobilizzate dalla memoria indelebile delle carte. A differenza di quanto accade in un processo improntato ai principi accusatori, nel processo inquisitorio o in quello cd. misto la maggiore o minore efficienza della pubblica accusa incide ben poco sugli esiti dell'avviata azione penale, visto e considerato che, in pratica, tutti i documenti istruttori sono accessibili al giudice; lo stesso giudice che interroga parti e testimoni, gestisce l'acquisizione di materiale ulteriore al dibattimento e, alla fine di questo *tour de force*, con sovrana autonomia intellettuale, si ritiene capace di sollevarsi al di sopra delle parti, per dirimere eventuali dubbi residui in base alla presunzione di non colpevolezza ⁽⁴⁸⁾.

Il codice di procedura penale del 1988 ha tenuto conto, nella sua scelta del metodo accusatorio, della dubbia efficacia cognitiva di un sistema che coniugava, in fondo, nella stessa persona, funzioni inqui-

⁽⁴⁶⁾ Così A. ROCCO, *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, p. 22.

⁽⁴⁷⁾ Sulle vicende interpretative ed applicative della presunzione d'innocenza, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 11, con dovizia di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sull'argomento.

⁽⁴⁸⁾ Per una magistrale descrizione della scena dibattimentale quale costruita dal codice Rocco e dalla prassi, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 683.

renti e decisorie, ossia attività di parte e un ruolo squisitamente imparziale. Nella costruzione originaria, il legislatore aveva accostato ad un dibattimento impermeabile rispetto all'infiltrazione di materiale raccolto in sede d'indagine dal pubblico ministero, se non *sub specie* di acquisizione probatoria regolata da formalità supposte in grado di garantire oralità ed immediatezza recettiva da parte del giudice (artt. 500 e ss. c.p.p.), un'istruzione dibattimentale decisamente sottratta all'organo giudicante per essere affidata alle parti. Così, in base alla fondamentale norma dell'art. 190 c.p.p., le prove risultavano, come regola, nella disponibilità degli antagonisti, mentre l'acquisizione *ex officio iudicis* configurava l'eccezione, limitata a casi stabiliti in modo espresso dalla legge. All'articolo in discorso faceva eco l'art. 468 c.p.p. che stabiliva modalità regolanti le richieste d'acquisizione ad opera delle parti, in modo tale da garantire il necessario *fair play* tra gli antagonisti: a pena d'inammissibilità dovevano essere indicate generalità di testimoni, periti e interpreti avviati a deporre, nonché argomenti della futura escussione, mirandosi, così, ad effettuare una *discovery* indispensabile all'esercizio del diritto alla controprova⁽⁴⁹⁾. L'esame dei testimoni era giostrato pressoché integralmente tra le parti secondo regole comportamentali dettate dagli artt. 498 e ss. c.p.p. Alla *performance* degli antagonisti, da presumersi combattivi, assisteva – silenziosamente autorevole – il giudice del dibattimento: a lui, nella persona del presidente, il codice conferiva poteri di governo dell'udienza, quale rappresentazione scenica ordinata (art. 470 c.p.p.); a lui importanti funzioni di "arbitraggio" nel gioco dialettico delle parti (artt. 468, 2° comma, 478, 493, 4° comma e 499 c.p.p.) e, infine, un ruolo di estremo, quanto eccezionale solutore di stati di dubbio gnoseologico sopravvissuti all'istruzione probatoria gestita dalle parti (artt. 506 e 507 c.p.p.).

La descrizione appena terminata è stata condotta, con innata propensione per la polemica, adoperando verbi al passato. Espediente scenografico certo, ma poi non troppo, se si riflette come una recente sen-

(49) Sulle finalità dell'art. 468 c.p.p., v. G. BONETTO, *Art. 468*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., V, p. 34; A. CONFALONIERI, *Sui requisiti delle liste testimoniali*, in *Rass. Giur. Umbra*, 1993, 167; ID., *Lista testimoniale e indicazione delle «circostanze»*, in *Giur. It.*, 1994, II, 267; F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 742; A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, 1993, cit., p. 301.

tenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale⁽⁵⁰⁾ e, soprattutto, quella della Corte costituzionale che ha offerto lo spunto per questa analisi (sent. n. 111 del 1993), abbiano aperto una falla in grado di travolgere l'intera costruzione appena tracciata.

Interpellata sulla costituzionalità dell'art. 507 c.p.p., la Corte, infatti, ha negato la fondatezza della questione proposta, affermando l'errore dell'indirizzo interpretativo sulla cui base si domandava un intervento del giudice costituzionale. Le ordinanze di rimessione lamentavano l'incompatibilità con una nutrita serie di disposizioni della Carta fondamentale della disciplina risultante dall'art. 507 c.p.p., ai sensi del quale il potere del giudice di assunzione probatoria *ex officio* risulterebbe condizionato tanto dalla mancata decadenza delle parti, rispetto al potere di gestione delle prove ad esse riservato, per mancato, tardivo o irrituale adempimento agli oneri di cui all'art. 468 c.p.p., quanto dall'esplicazione di una, sia pur embrionale, attività di acquisizione probatoria. Certo, risponde la Corte, se questa fosse l'unica interpretazione fattibile dell'art. 507, l'interprete si troverebbe dinanzi ad una norma assolutamente incongruente tanto con le direttive della Legge delega per il codice di procedura penale, quanto con svariati principi costituzionali, nonché con lo stesso spirito che informa il codice se "rettamente" inteso.

Il nucleo della decisione in esame è costituito appunto da questa "rilettura" del codice Vassalli, nella cui luce comprendere ed interpretare l'art. 507 c.p.p.⁽⁵¹⁾.

Anzitutto, precisa il giudice costituzionale «la stessa caratterizzazione del processo penale italiano come un "processo di parti" ... non può non considerare che il pubblico ministero è un magistrato indipenden-

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. Pen.*, 1993, 157, 280, con nota adesiva di F.M. IACOVIELLO.

⁽⁵¹⁾ «...la Corte costituzionale... nel rigettare la questione di legittimità, non si è limitata, come avrebbe potuto, a prendere atto dell'interpretazione delle Sezioni Unite, ma l'ha trasformata in una conclusione costituzionalmente doverosa». Con queste parole sigla l'intervento della Corte G. ILLUMINATI, nel suo intervento sul tema *Giudici e pubblico ministero nell'ordinamento e nella dialettica del processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi. Atti del Convegno, St. Vincent 3-5 giugno 1993*, (in corso di pubblicazione), p. 6 del dattiloscritto. Sottolinea con fermezza la gravissima portata della sentenza in discorso pure E. AMODIO, *Rovistando tra le materie della procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2941.

te... che non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge...». Quanto all'affermata scelta codicistica per un potere dispositivo delle parti in tema di prova, secondo la Corte «si tratta di un assunto che non trova riscontro né nei principi della delega, né nel tessuto normativo del codice». *Dulcis in fundo*, la Corte chiarisce, come l'opzione metodologica per un dibattimento che garantisca nella misura più ampia la terzietà del giudice non può far dimenticare che «fine primario ed ineludibile del processo penale rimane quello della ricerca della verità...» e, soprattutto, «che ad un ordinamento improntato... al principio di obbligatorietà dell'azione... non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico».

Tale essendo, dunque, il contesto sistematico che fa da sfondo all'art. 507 c.p.p., ne risulta improponibile un orientamento interpretativo che qualifichi il potere giudiziale da esso regolato come uno a carattere eccezionale. L'«assoluta necessità» richiesta dalla norma quale presupposto per l'assunzione di prove *ex officio* è una giunta verbale ampiamente pleonastica, essendo inimmaginabile l'idea che il giudice per le indagini preliminari possa controllare il comportamento del pubblico ministero in sede di archiviazione, a fini di tutela del principio di obbligatorietà dell'azione penale, mentre un analogo potere sia, in linea di massima, negato al giudice del dibattimento che si accorga di carenze strutturali nell'ipotesi accusatoria, passata inopinatamente attraverso il vaglio dell'udienza preliminare. Per questi motivi, conclude la Corte, l'unica interpretazione legittima dell'art. 507 c.p.p. è quella che svincoli l'esercizio del potere giudiziale di assunzione della prova *ex officio* da ogni presupposto: che l'istruzione probatoria ad opera delle parti abbia avuto luogo o meno; che le prove non abbiano il requisito della novità, identificandosi con le stesse dichiarate precedentemente inammissibili per mancato o irrituale adempimento delle incombenze previste dall'art. 468 c.p.p.; che, infine, manchi una situazione sussumibile, in base al senso comune, sotto la perifrasi verbale dell'«assoluta necessità»; ciascuna di queste situazioni sarebbe, nell'ottica della sentenza costituzionale, inidonea ad esercitare alcun tipo di vincolo sui poteri del giudice in tema di assunzione officiosa di materiale probatorio.

Insomma: l'interpretazione adombrata dalla Corte costituzionale

attribuisce al giudice del dibattimento la possibilità di rimediare, *in extremis*, alle carenze di un'azione penale esercitata in mancanza dei presupposti pretesi dalla legge, in quanto sfornita di materiale probatorio idoneo a sostenerla in giudizio.

A questa lettura, la Corte costruisce uno sfondo ideologico adeguato, un retroscena culturale idoneo non solo a motivarla dinanzi all'utente assetato di "massimi princìpi", ma anche a donarle una forza espansiva che coinvolga l'intero codice.

È utile isolarli per un attimo questi "massimi princìpi" di storica memoria: torna il pubblico ministero, quale personaggio inconfigurabile nel ruolo di "parte" in quanto geneticamente addetto alla «tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge»; torna il «fine primario del processo penale» ossia la ricerca della verità, scopo supremo che non tollera ostacoli; torna l'eticamente disgustato rifiuto del principio dispositivo, giudicato incompatibile proprio con quell'ideale gno-seologico che è la «verità reale».

È un onnicomprensivo *deja vu* quello allestito dalla Corte costituzionale, tanto più affascinante, in quanto così completo ed eusonico, nell'integrabilità perfetta di ciascuna componente della costruzione con le altre.

Un'armonia che, però, non meraviglia, laddove si consideri la vetustà di quella costruzione ideologica, sperimentata in più di una codificazione processualpenalistica, nonché l'allettamento immaginifico di taluni concetti – primo tra tutti, quello della "verità materiale o reale" – idonei per loro stessa essenza ad assorbire ecletticamente le filiazioni tecniche ed ideologiche più disparate.

Il processo penale, era ed è la sede privilegiata di una sublimazione delle istanze ed esigenze di carattere politico, in istanze ed esigenze dall'apparente, innocuo carattere tecnico-giuridico ⁽⁵²⁾. La spiegazione è semplice quanto banale: se uno Stato esiste solo qualora sia dotato di

⁽⁵²⁾ Sullo stretto rapporto intercorrente tra forme politiche e processo penale v. ampiamente L. LUCCHINI, *Elementi*, cit., p. 31; C.J.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova*, cit., p. 30. Per dirla con un autore più recente, «il rapporto processuale penale ha sempre costituito la cartina tornasole del rapporto tra stato e individuo, tra autorità e libertà: dove e quando l'apparato soffoca il singolo, l'organo accusatorio statale è svincolato da particolari doveri di osservanza, ed il processo penale si ispira a canoni inquisitori, tipicamente autoritativi»; così A. GAITO, *Onere della prova*, cit., 516.

“sovranità” intesa come “indipendenza” nei rapporti verso l'esterno e “supremazia” nei rapporti coi singoli e le comunità infraterritoriali, è ovvio che lo strumento più utile allo scopo di assicurare la supremazia in discorso sarà il processo penale, come sede in cui si dibatte sopra il diritto dello Stato a privare della libertà uno dei suoi membri ⁽⁵³⁾.

E questo è il punto: quanto più impellente è il bisogno dell'autorità di affermarsi come tale sopra gli individui, tanto più totalizzante sarà la presenza della medesima nel processo penale, e la sua aspirazione a costruirlo come strumento conoscitivo ignaro del dubbio, votato alla ricerca della verità “reale” ⁽⁵⁴⁾.

Nella ricostruzione dogmatica, questa *eclatante* nota “politica” si traveste di *aplomb* scientifico. I cultori della materia identificano nella direzione teleologica del processo penale la conseguenza di peculiari caratteristiche degli interessi tutelati in quel contesto: si parla di un «carattere sociale degli scopi» cui guarda la giustizia penale ⁽⁵⁵⁾, di una sua «funzione altissima di interesse generale» ⁽⁵⁶⁾, di un interesse, ancora, «eminentemente e direttamente pubblico» ⁽⁵⁷⁾ attuato mediante quella giustizia; formule, tutte, altisonanti e perciò autorevoli, tanto più idonee a mascherare – ironia delle parole! – la realtà di un processo che, predisposto alla ricerca del “Vero” assoluto ⁽⁵⁸⁾, non conosce compromessi né vincoli formali; che assorbe ogni eccesso, pragmaticamente impegnato com'è a perseguire quell'allettante fantasma ideologico.

Dall'assioma di un processo penale votato alla ricerca della verità obbiettiva, si snodano, inevitabili, altri “principi della materia”.

⁽⁵³⁾ Sul rapporto tra condizioni di sopravvivenza dell'entità statale e supremazia effettiva sopra gli individui che la compongano v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 9^a ed., 1976, p. 98.

⁽⁵⁴⁾ Sul concetto di verità reale o materiale cfr. ampiamente U. FERRARI, *La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale italiano*, Milano, 1927, p. 20.

⁽⁵⁵⁾ Così A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 4^a ed., 1966, p. 190.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. A. FOSCHINI, *L'onere della prova*, cit., p. 13.

⁽⁵⁷⁾ Così E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 2^a ed., 1932, p. 344.

⁽⁵⁸⁾ V. però, in senso radicalmente opposto, *Relazione sul codice di procedura penale fatta a Sua Maestà dal Guardasigilli Finocchiaro-Aprile*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Jannitti Di Guyanga, Firenze, 1921, p. 19, sottolineando che «la verità del giudicato civile è anch'essa verità materiale, in quanto attua la volontà della legge, salvi i diritti di disposizione delle parti, come la verità del giudicato penale è anch'essa verità formale, in quanto è limitata a ciò che le prove hanno manifestato e alla penetrazione della coscienza del giudice».

Così, l'affermazione che la "lite" sia inconciliabile col procedimento rivolto all'accertamento del reato, in quanto una delle due supposte "parti antagoniste" – il pubblico ministero – è un organo "imparziale" che persegue il collettivo interesse all'acclaramento del realmente accaduto⁽⁵⁹⁾. L'idea di una pubblica accusa, tale solo di nome, in quanto paternalisticamente intenta anche alla ricerca di elementi favorevoli all'indagato, nasce qui, dal mito della verità reale quale compito di entrambi i soggetti pubblici coinvolti nel processo, giudice e pubblico ministero, in una confusione di ruoli solo apparentemente eliminata nella distinzione delle funzioni perseguita dai sistemi processualpenalistici cosiddetti "misti".

Qui nasce pure la ricorrente affermazione dell'inconciliabilità tra "principio dispositivo" e processo penale. I penalisti si chiedono cosa

⁽⁵⁹⁾ Sull'idea del processo penale quale fenomeno geneticamente incompatibile col concetto di "parte" e di "lite", emblematica la posizione di A. FOSCHINI, *L'onere della prova e il processo penale*, cit., p. 10: «... la nozione di "parte"... è intimamente legata a quella d'interesse... nel processo penale, invece, l'elemento fondamentale, e cioè la personificazione dell'interesse, manca del tutto, in quanto gli interessi di libertà e di repressione, capaci in ipotesi di dar vita con la loro personificazione al concetto di "parte", lungi dal creare una soggettività processuale, sono comuni ad una delle parti (Pubblico Ministero) ed altresì al giudice». In senso sostanzialmente analogo v. pure A. MELCHIONDA, voce *Prova* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1988, p. 649; G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, p. 81; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 193; A.D. TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, Padova, 1931, p. 98. Per una posizione *ante litteram* radicalmente diversa v. G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, p. 245, che evidenzia come la natura del pubblico ministero, quale "parte" e non organo di giustizia, si basa sull'idea di una recezione, ad opera della pubblica accusa, di un'interesse alla condanna dell'imputato, mutuato dalla parte lesa. Per una posizione analoga, con notevole sensibilità alla sostanza dei fenomeni, cfr. F. CARNELUTTI, *Lite e funzione processuale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, I, 23; nonché, A. DE MARSICO, *Dogmatica e politica nella scienza del diritto penale*, in *Annali Dir. e Proc. Pen.*, 1941, 473. Il problema del ruolo svolto dal pubblico ministero nel contesto del processo indirizzato all'accertamento del reato entra ed esce dalla ribalta assieme al tema, con esso ovviamente intrecciato, della posizione istituzionale di quest'organo. V., in proposito, *Il pubblico ministero oggi. Atti del Convegno*, cit., *passim*; nonché il contributo di G. PECORELLA, *Al di là dell'alternativa dipendenza-indipendenza: il p.m. tecnico dell'investigazione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1993, 118. Sul recente "riflusso" dell'idea di un pubblico ministero "organo di giustizia", v. A. CRISTIANI, *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1993, p. 27; A. GAITO, *Organizzazione e funzionamento del pubblico ministero*, in *Rass. Giur. Umbra*, 1994, 264.

significati "principio dispositivo" e rispondono subito che esso è la proiezione sul piano processuale del potere di disposizione accordato alle parti sui diritti oggetto del processo, comportando, quindi, il condizionamento alla loro volontà tanto dell'esercizio dell'azione, quanto del suo svolgimento e attuazione in sede di raccolta del materiale probatorio⁽⁶⁰⁾. Nell'universo processualpenalistico l'azione è sottratta già da lungo tempo ai mutevoli umori del soggetto colpito dal reato, ed è affidata ad un organo pubblico per di più obbligato al suo esercizio, notano all'unisono i commentatori. Impossibile, dunque, teorizzare quell'obbligo alla scaturigine del processo, per poi abbandonarlo nelle mani di un accusatore negligente o di un imputato per avventura poco interessato a scagionarsi. Impossibile ancora di più – dicono – immaginare un giudice che subisca il condizionamento di quel *iuxta alligata et probata partium* che gli impedirebbe l'espansione della sua indagine conoscitiva sino al raggiungimento della "verità reale".

In un processo così delineato manca per le "parti" un onere probatorio uguale o affine a quello configurato dall'art. 2697 c.c.; non perché sia inconfigurabile un loro fattuale interesse all'allegazione di materiale idoneo a convincere il giudice, ma perché a compensare quell'interesse, in ipotesi nullo o mal svolto, sta sempre l'intervento dello stesso organo giudicante, comunque interessato, per parte sua, all'accertamento della "verità" e tenuto al controllo circa le "modalità di esercizio" dell'azione penale una volta che essa sia approdata a dibattimento⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Così C. MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1961, 351. Con particolare riferimento all'inattuabilità del criterio dispositivo nella provvista del materiale probatorio utile alla decisione, A.D. TOLOMEI, *I principi fondamentali*, cit., p. 86, che evidenzia come «...se le c.d. parti del processo potessero condurlo a loro posta e, o intenzionalmente o colle loro omissioni ed i loro errori, offrire all'esame ed alla valutazione del giudice una situazione del fatto eventualmente difforme dal vero ed il giudice fosse tenuto ad accoglierla ... sarebbe riconosciuto al loro volere una autorità ed una efficienza che contrasterebbe colla normale irrilevanza di essa in ordine al promovimento dell'azione e ne renderebbero illusoria e frustranea l'obbligatorietà». Il discorso della Corte costituzionale, a dire il vero, sembra tratto di peso dalle pagine del Tolomei.

⁽⁶¹⁾ Sull'"onere", quale tipica situazione giuridica soggettiva processuale, consistente nella necessità di evitare uno svantaggio appunto attinente al processo (ovvero, anzitutto, la sentenza sfavorevole) inevitabile la lettura delle pagine di J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, 1925, p. 335, nelle quali l'onere appare fondato su «quella lotta tra le parti che costituisce l'essenza del processo e che porta

Entro le coordinate appena esplorate si muovono sistemi processuali "misti" o "tendenzialmente inquisitori", basati, dunque, sulla certezza dogmaticamente assunta che il "dubbio giudiziale" sia risolubile solo grazie ad un'attiva partecipazione alla raccolta del materiale probatorio di un giudice incaricato di supplire alle carenze, volute o casuali, delle parti.

Era anche l'impostazione programmatica del codice Rocco: la Corte costituzionale, la propone come chiave di lettura universalmente valida, in quanto corrispondente ad una sorta di carattere indelebile del processo penale.

In realtà, ove ci si sottragga al fascino ipnotico delle "formule" invocate dal giudice costituzionale, è facile vedere come, tra tutti gli argomenti adoperati dalla Corte costituzionale a sostegno dell'interpretazione proposta, l'unico dotato di un fondamento (apparentemente)

con sé la costrizione delle parti ad attivarsi e ad utilizzare mezzi di difesa e di offesa», come pure degli scritti di M. BOSCARRELLI, *La tutela penale del processo*, I, Milano, 1951, p. 30; G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, s.d.; G.A. MICHELLI, *L'onere della prova*, Padova, 1942; O.T. SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 99. Contro il concetto di onere come situazione giuridica soggettiva distinta da quelle di potere o dovere, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, p. 256. Sulla configurazione dell'*onus probandi* nel processo penale, quale onere meramente "materiale" o "imperfetto", dato che all'inattività delle parti può sempre sostituirsi il contributo inquisitorio del giudice, v. G. BETTIOL, *Le presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Scritti giuridici*, cit., I, 1966, p. 343; F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, cit., p. 797; E. FLORIAN, *Principi*, cit., p. 345; C. MASSA, *Il principio dispositivo*, cit., 371; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, cit., p. 43, secondo il quale, nel processo penale, sarebbe impossibile «...parlare di distribuzione dell'onere, e ciò per una semplice ragione: che l'onere è configurabile per la parte e non per il p.m. La ricerca della verità nel processo penale e, in genere, nel processo inquisitorio si pone al giudice e al p.m. ... come un imperativo categorico al quale non è possibile sottrarsi. Sotto questo aspetto esso assumerebbe, dunque, il carattere dell'obbligo». Sul problema dell'*onus probandi*, sotto il peculiare profilo del "dubbio sull'esistenza di una scriminante" v. E. GAITO, *Premesse sostanziali al problema processuale del dubbio sulle scriminanti*, in *Arch. Pen.*, 1965, II, 33. Altrove, la regola dell'onere della prova è ritenuta difficilmente conciliabile con la presunzione d'innocenza inserita in un sistema processuale di marca inquisitoria; per questa impostazione, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 119. Così, pure, con efficace ironia, A. GAITO, *Onere della prova*, cit., 517: l'imputato «va dichiaratamente non gravato da alcun onere di prova, diversamente la sua posizione d'inferiorità rispetto all'organo dell'accusa diventerebbe marcatamente scoperta».

idoneo allo scopo è quello del principio di obbligatorietà, inteso come canone da tutelare non solo mediante quel classico procedimento di controllo che è l'archiviazione, ma anche in dibattimento, rimediando alle carenze varie rivelate dall'ipotesi accusatoria. Di questo argomento la Corte si serve al pari di un "collante", indispensabile a cementare e legittimare una serie di affermazioni di principio non altrimenti dimostrabili nel contesto del nuovo codice.

Prima di esaminare fino a che punto sia sostenibile l'applicazione che la Corte costituzionale tenta del principio statuito nell'art. 112 Cost., è opportuno, quindi, mettere in luce la sostanziale vacuità dei restanti "canoni" invocati dalla Corte.

Il principio della "verità obbiettiva", quale presunto fine ultimo del processo dedicato all'accertamento del reato, non compare mai nel nuovo codice, il cui art. 187 c.p.p. sobriamente identifica nei fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena, quelli che hanno da diventare oggetto di prova. Una norma analoga all'art. 299 c.p.p. 1930, che imponeva al giudice l'obbligo di compiere quanto necessario all'accertamento della verità, non esiste più: la Corte costituzionale è costretta ad evocare la regola in discorso dal mondo delle idee innate, per proporre l'applicabilità attuale.

Parimenti raccolta in una sfera di principi superni, auto-imponenti nella loro astorica validità, è l'idea che il pubblico ministero non possa, in fondo, assumere realmente i connotati di una parte, in quanto autorità votata al perseguimento dell'interesse generale (compreso quello dell'imputato).

Last but not least, ampiamente criticabile è l'idea secondo la quale una lettura del codice che ne avallasse la presunta vocazione all'accoglimento di un principio dispositivo in materia probatoria, contrasterebbe ineluttabilmente col principio di obbligatorietà dell'azione penale e con la sua matrice: il principio d'indisponibilità delle norme processuali penali (o principio di legalità). Non è il caso di discutere, per il momento, se il principio di obbligatorietà e, prima ancora, il concetto di azione penale siano geneticamente in grado d'indurre una simile conseguenza: è sufficiente ora notare un profilo diverso del discorso, notare, cioè, come la Corte parta da un'accezione del cosiddetto principio dispositivo che definire obsoleta è un eufemismo.

Da quasi un secolo i processualciviliisti hanno superato l'idea che

l'aforisma *iudex iudicare debet iusta alligata et probata partium* sia null'altro che una proiezione sul piano del processo di un potere dispositivo concesso alle parti sopra la situazione materiale controversa. Sin dall'inizio del XX secolo la dottrina processualcivilistica considera come fenomeni distinti, da un lato «il diritto esclusivo della parte di proporre il processo», quale riflesso del potere di disposizione sul diritto sostanziale controverso, e dall'altro «l'iniziativa delle parti nella trattazione ed istruzione della causa» ⁽⁶²⁾, quale sistema di raccolta del materiale probatorio più idoneo a garantire una ricostruzione affidabile del fatto storico ed una imparziale decisione sullo stesso. Alla risalente consapevolezza di una differenza genetica ineludibile tra “principio della domanda” e “principio dispositivo”, si accompagna l'idea che la scelta del sistema istruttorio sia «problema di tecnica processuale» strettamente dipendente dall'ideologia e dagli scopi del legislatore: ove questi intenda salvaguardare come valore primario l'imparzialità del giudice, l'opzione per il principio dispositivo, accompagnata da un efficace contenimento delle iniziative probatorie officiose, diventa una strada obbligata ⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Così E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 531. Per un'ampia visuale sulla posizione della dottrina processualcivilistica sul tema v. pure, V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 278; G. VERDE, voce *Dispositivo (principio)*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1989, p. 1. La storica evoluzione nel modo d'intendere il principio dispositivo, dapprima, durante il XIX secolo, quale mero riflesso processuale del potere di disposizione delle parti sul diritto sostanziale controverso, e poi, più tardi quale autonomo problema di “tecnica processuale”, richiama alla memoria il progressivo scindersi del diritto d'azione dal diritto sostanziale, in quanto considerato non più strumento attuativo di quest'ultimo, dipendente dalla sua fattuale esistenza (azione c.d. concreta), ma autonomo diritto spettante a chiunque si pretenda titolare della situazione giuridica controversa, a prescindere dal fatto che abbia torto o ragione (azione c.d. astratta). Sull'argomento, si rilegga l'efficacissima sintesi di R. ORESTANO, voce *Azione (in generale)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 853.

⁽⁶³⁾ In tal senso G. VERDE, voce *Dispositivo (principio)*, cit., p. 2. Identicamente E.T. LIEBMAN (*Fondamento del principio*, cit., 560) sottolinea come «...questa posizione di equidistanza e di neutralità viene meno, tra l'altro, se colui che deve giudicare debba istituzionalmente partire da una posizione determinata per muoversi in una direzione prestabilita. È questa la ragione per cui il sistema accusatorio dà maggiori garanzie di quello inquisitorio di condurre ad un giudizio imparziale e sereno nel processo penale». Le parole dell'illustre processualcivilista riecheggiano quelle scritte trent'anni prima da G.P. AUGENTI, *L'onere della prova*, cit., p. 259, nel deprecare l'interventismo del giudice penale in fase di raccolta e gestione del materiale proba-

Stupisce che nel settore processualpenalistico manchi un'analogia percezione del "principio dispositivo" quale problema del tutto a se stante rispetto a quello attinente all'avvio del processo⁽⁶⁴⁾. L'acritica ripetizione dell'idea che l'obbligatorietà dell'azione penale conduca con sé automaticamente una pressante interferenza del giudice nella gestione del materiale probatorio, induce ad una sorta di sonnolenza dell'intelletto. E il sonno della ragione – si dice – genera mostri.

È lecito, invece, chiedersi perché mai dovrebbe essere scontato che indisponibilità della domanda penale significhi anche inquisitorietà del metodo istruttorio. Si esca pure dalle strettoie dei principi, e non cambia nulla: pur partendo dall'assunto che il pubblico ministero possa rivelarsi tanto negligente come accusatore dibattimentale, quanto come organo investigante, poco propenso ad esercitare l'azione penale se non vi fossero le forche caudine del controllo sull'archiviazione, non è affatto ovvio che sia indispensabile supplire alla sua scarsa *voluntas agendi*, trovandogli un sostituto nelle vesti del giudice dibattimentale. L'idea ha del paradosso: in nome di un (presunto) principio d'indisponibilità delle parti sulle prove penali, si tolgono i panni dell'accusatore al pubblico ministero per prestarli a quell'organo che il legislatore tenta di costruire imparziale⁽⁶⁵⁾.

In fondo dovrebbe essere a dir poco scontato che la posizione di chi giudica è psicologicamente incompatibile con quella di colui che, in un

torio: «...quando giudica, gli par d'essere fuori della situazione controversa, gli par d'essere imparziale nella lotta, ma egli è portato a decidere secondo quella stessa direzione che già lo mosse nella fase istruttorio. Il mezzo del potere inquisitorio deve considerarsi come una riserva». Ma, prima ancora, v. in tal senso J. BONFANTI, *Della istruzione de' processi criminali in Toscana*, Lucca, 1850, p. 12. Sul problema dell'imparzialità del giudice, ancora dal punto di vista dello studioso di procedura civile v. B. CAVALLONE, *Crisi delle «maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1976, 678; E. FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, p. 337.

⁽⁶⁴⁾ V., però, C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., I, p. 144, che ammette la possibilità di conciliare una totale operatività del principio di disponibilità della prova e l'"indisponibilità del processo", derivante dal canone di cui all'art. 112 Cost.

⁽⁶⁵⁾ V., però, F.R. BARROCCI, *L'art. 507 c.p.p.*, cit., I, 23, evidenziando come la terzietà del giudice non venga compromessa dall'interpretazione "lata" dell'art. 507 c.p.p., sull'apodittico presupposto che l'intervento dell'organo giudicante si verifica solo dopo l'istruzione probatoria, effettuata dalle parti «in assoluta libertà». Sostanzialmente in tal senso cfr. pure G. LOMBARDI, *Ricerca della verità e nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1993, 751.

senso o nell'altro, quel giudizio domanda ⁽⁶⁶⁾. L'equivoco diventa possibile solo partendo dall'utopico presupposto che entrambi gli organi pubblici coinvolti nel processo penale mirino paternalisticamente all'accertamento di un'asettica ed imparziale "Verità obbiettiva".

Una volta sgomberato il campo dai (pretesi) principi regolatori del processo penale, diventa più semplice vagliare la sostenibilità dell'argomento *clou* adoperato nella sentenza n. 111 del 1993 della Corte costituzionale, ovvero dell'idea che il principio di obbligatorietà dell'azione implichi anche il carattere obbligatorio dell'attività istruttoria dibattimentale del pubblico ministero, cosicché una sua eventuale carenza costringa l'ordinamento a prevedere strumenti sostitutivi adeguati.

È indispensabile partire da una constatazione di base: l'obbligatorietà è predicato dell'azione penale. Un atto o un comportamento del pubblico ministero riceveranno, dunque, la qualifica di "obbligatori" nella misura in cui essi siano riconducibili al concetto di azione, in quanto sue dirette o indirette esplicazioni.

Da questo basilare presupposto sorge immediato un quesito: è lecito, cioè, chiedersi se la serie di atti in cui si estrinseca l'istruzione probatoria dibattimentale, gli atti, insomma, «con cui il pubblico ministero contribuisce, in chiave dialettica, all'esplicarsi del contraddittorio» ⁽⁶⁷⁾, rientrino o meno nel concetto di azione penale.

È un interrogativo dalla natura alquanto ambigua. Da un punto di vista "laico", fondato, cioè, sul significato corrente delle parole e sulla loro accezione immediata, la risposta dovrebbe essere affermativa. Sembrerebbe, cioè, quanto meno ovvio che, al momento in cui il pubblico ministero compila le liste testimoniali di cui all'art. 468 c.p.p., effettua domande ed eccezioni, in cui produce, insomma, apporti

⁽⁶⁶⁾ L'uso del condizionale, in questo contesto, è d'obbligo. Anche in dottrina non mancano, infatti, voci tutt'ora assai recise nel negare ingresso, in misura più o meno accentuata, al principio dispositivo nel processo penale o, comunque, inclini verso una accezione ambigua e compromissoria del principio medesimo, riveduto e corretto mediante l'interposizione della regola di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. Cfr., ad es., i recenti contributi di A. BASSI, *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale*, cit., 1371; ID., *Art. 468 c.p.p.: le parti e la disponibilità del diritto all'iniziativa probatoria*, in *Cass. Pen.*, 1993, 456; A. MAMBRIANI, *Principio dispositivo e speditezza processuale. Limiti legislativi al libero convincimento del giudice*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1992, 473.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. It., Discipline Penalistiche*, I, Torino, 1987, p. 398.

istruttori di qualunque natura, compia delle attività configuranti un "agire" nel processo.

Dal punto di vista legislativo, però, le cose stanno in maniera assai diversa: non sempre, quando il pubblico ministero "agisce" nel processo, compie attività riconducibili al concetto di "azione penale", intesa quale atto evocativo della *iurisdictio* indirizzato a provocare una sua decisione sopra un dato oggetto. In altre parole, da un punto di vista strettamente giuridico, risultano ascrivibili al concetto di azione solo e soltanto quegli atti che possiedano la capacità di "costringere" il giudice ad una qualsiasi attività d'accertamento dotata di un efficacia preclusiva differenziata nei suoi effetti, a seconda del tipo di provvedimento emanato ⁽⁶⁸⁾.

Sotto la vigenza del codice Rocco, non era grande l'interesse della dottrina per un tema – quello degli atti cosiddetti di proseguimento dell'azione penale – che si avvertiva come diluito dall'incombenza di un giudice latamente interveniente sugli atti processuali di parte. La formula "atto di proseguimento dell'azione penale" valeva, dunque, ad indicare, in maniera generica, quel complesso di attività che il pubblico ministero esercitava nel processo «in derivazione o in correlazione con l'atto promotore dell'azione penale» ⁽⁶⁹⁾. Con il che, a ben vedere, si dava alla categoria un valore interpretativo eguale a zero.

⁽⁶⁸⁾ Con una simile affermazione non si intende né direttamente, né indirettamente aderire a quella teoria che considera la "preclusione massima", ossia la *res iudicata*, quale *signum* in grado di *differenziare* la *iurisdictio* da tutte le altre funzioni statali (in merito a questo orientamento, cfr. per tutti, B. OLIVI, *Note sul concetto di giurisdizione* cit., 62). Certamente, però, sembra difficile contestare che *una qualche efficacia preclusiva*, differenziantesi con il tipo di provvedimento adottato, sia comunque presente nell'esercizio della funzione in discorso. Sul concetto di "preclusione" e sulle sue varie forme di manifestazione nel processo v. ANDRIOLI, voce *Preclusione* (*dir. proc. civ.*), in *Novissimo Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 567; A. ATTARDI, *Per una critica al concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1; ID., voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1989, p. 893; G. CHOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, II, 1930, 309; G. LOZZI, voce *Preclusioni (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XXIII, 1990, p. 1; S. RICCIO, *La preclusione processuale penale*, Milano, 1951. Sulla preclusione quale caratteristico segno effettuale dell'atto di accertamento cfr. pure, ampiamente, A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 205.

⁽⁶⁹⁾ Così G. LEONE, voce *Azione penale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 859; in senso ugualmente generico v. G. UBERTIS, voce *Azione penale*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 2.

istruttori di qualunque natura, compia delle attività configuranti un "agire" nel processo.

Dal punto di vista legislativo, però, le cose stanno in maniera assai diversa: non sempre, quando il pubblico ministero "agisce" nel processo, compie attività riconducibili al concetto di "azione penale", intesa quale atto evocativo della *iurisdictio* indirizzato a provocare una sua decisione sopra un dato oggetto. In altre parole, da un punto di vista strettamente giuridico, risultano ascrivibili al concetto di azione solo e soltanto quegli atti che possiedano la capacità di "costringere" il giudice ad una qualsiasi attività d'accertamento dotata di un'efficacia preclusiva differenziata nei suoi effetti, a seconda del tipo di provvedimento emanato⁽⁶⁸⁾.

Sotto la vigenza del codice Rocco, non era grande l'interesse della dottrina per un tema – quello degli atti cosiddetti di proseguimento dell'azione penale – che si avvertiva come diluito dall'incombenza di un giudice latamente interveniente sugli atti processuali di parte. La formula "atto di proseguimento dell'azione penale" valeva, dunque, ad indicare, in maniera generica, quel complesso di attività che il pubblico ministero esercitava nel processo «in derivazione o in correlazione con l'atto promotore dell'azione penale»⁽⁶⁹⁾. Con il che, a ben vedere, si dava alla categoria un valore interpretativo eguale a zero.

⁽⁶⁸⁾ Con una simile affermazione non si intende né direttamente, né indirettamente aderire a quella teoria che considera la "preclusione massima", ossia la *res iudicata*, quale *signum* in grado di differenziare la *iurisdictio* da tutte le altre funzioni statali (in merito a questo orientamento, cfr. per tutti, B. OLIVI, *Note sul concetto di giurisdizione* cit., 62). Certamente, però, sembra difficile contestare che una qualche efficacia preclusiva, differenziantesi con il tipo di provvedimento adottato, sia comunque presente nell'esercizio della funzione in discorso. Sul concetto di "preclusione" e sulle sue varie forme di manifestazione nel processo v. ANDRIOLI, voce *Preclusione* (*dir. proc. civ.*), in *Novissimo Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 567; A. ATTARDI, *Per una critica al concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1; ID., voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1989, p. 893; G. CHOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, II, 1930, 309; G. LOZZI, voce *Preclusioni (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XXIII, 1990, p. 1; S. RICCIO, *La preclusione processuale penale*, Milano, 1951. Sulla preclusione quale caratteristico segno effettuale dell'atto di accertamento cfr. pure, ampiamente, A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 205.

⁽⁶⁹⁾ Così G. LEONE, voce *Azione penale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 859; in senso ugualmente generico v. G. UBERTIS, voce *Azione penale*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 2.

Proprio la consapevolezza dell'estrema genericità della formula aveva indotto altra parte della dottrina a tentare un diverso criterio classificatorio dei cosiddetti atti di proseguimento, basato sulla loro natura "discrezionale" ovvero obbligatoria. In questo secondo senso, atti di prosecuzione dell'azione penale erano tutti e solo quelli il cui compimento formasse oggetto di una fattispecie doverosa a carico dell'organo d'accusa. ⁽⁷⁰⁾, criterio fin troppo efficace, da un lato, in quanto portava ad includere nella categoria quei casi di "partecipazione necessaria" del pubblico ministero, in cui la norma mirava solo a tutelare il formarsi del contraddittorio, mentre, d'altro canto, eccessivamente esposto al rischio di interpretazioni soggettive circa l'effettiva individuazione degli atti da considerare obbligatori.

In realtà, la categoria degli atti di "proseguimento" dell'azione penale è inutile e di ciò si trova un sintomo evidente nella disciplina delle nullità attinenti alla sfera dei comportamenti procedimentali dell'accusatore. Ai sensi dell'art. 178, 1° comma, lett. c, c.p.p. è prescritta a pena di nullità l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e la sua partecipazione al procedimento; però, mentre le attività qualificabili come "d'iniziativa" risultano tutelate mediante nullità di carattere assoluto (art. 179, 1° comma, c.p.p.), quelle costituenti mera "partecipazione" ricevono una tutela attenuata, risolvendosi in quella sanzione di nullità che il codice qualifica come "intermedia".

La disciplina in discorso risulta estremamente ovvia qualora si consideri come, nel primo caso, il legislatore mira a garantire una corretta esplicazione del principio in base al quale il pubblico ministero – e lui solo – è titolare del potere d'avvio del processo, mentre, attraverso la seconda fattispecie sanzionatoria, ad essere garantita è solo un'esplicazione corretta del contraddittorio, carente in mancanza dell'organo dell'accusa.

Dalla disciplina delle nullità così delineata, si ricava un'importante indicazione: se esistessero realmente atti di "proseguimento" dell'azio-

⁽⁷⁰⁾ Per l'uso di questo criterio classificatorio v. P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, Milano, 1966, p. 147, il quale finisce con l'enucleare da esso una caratteristica "genetica" degli atti di proseguimento, intesi come tutti quelli che pongono il giudice in condizione di «emettere un provvedimento eseguibile per la definizione dell'azione medesima». Sulla categoria in discorso v. pure O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 406.

ne, atti, cioè, teoricamente, coinvolgibili nella regola costituzionale dell'obbligatorietà, il legislatore ne avrebbe tutelato l'esplicarsi in maniera non meno rigorosa di quanto faccia a proposito degli atti di "iniziativa", ossia di promovimento dell'azione penale.

In altre parole: tutte le attività del pubblico ministero in cui sia ravvisabile una forma di provocazione della *iurisdictio*, sono improntate dal carattere dell'obbligatorietà, e altrettanto accade per quei comportamenti o atti dell'organo dell'accusa – tipicamente gli atti d'indagine preliminare – che siano strumentalmente preordinati a rendere possibile una corretta esplicazione delle prime ⁽⁷¹⁾.

Quanto, invece, alle varie attività che il pubblico ministero compie, nell'ambito del processo, quali sue tipiche forme di partecipazione ad esso, si tratta di atti "discrezionali" in senso proprio, ossia non solo risultanti da quella necessaria attività valutativa in cui si risolve assai spesso l'atto d'interpretazione, ma risultanti pure da una "scelta" che l'organo dell'accusa effettua tra varie alternative comportamentali tutte giuridicamente possibili.

In questa categoria, rientra, a pieno titolo, l'atto istruttorio che il pubblico ministero compia – o decida di non compiere – nel corso del dibattimento. Non si tratta di atti sussumibili sotto la specie "azione penale" e neppure strumentali rispetto ad essa, visto che l'azione è stata già esercitata con la richiesta di rinvio a giudizio (o equivalenti) e che la funzione giurisdizionale può proseguire per la sua strada, a prescindere dal fatto che una qualsiasi attività istruttoria sia stata compiuta ad opera di entrambe le parti ⁽⁷²⁾.

⁽⁷¹⁾ Cfr., chiaramente in tal senso, F.C. SCHROEDERER, *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute*, in *Festschrift für K. Peters*, Tübingen, 1974, p. 411; che sottolinea come «*Statt eines Anklagezwanges ist... korrekter von einem Verfolgungszwang, einer Verfolgungspflicht zu sprechen*». Sull'argomento v. pure A. MALINVERNI, *Il mancato esercizio dell'azione penale e le nullità conseguenti*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1986, 347.

⁽⁷²⁾ Per questa conclusione v. già P. DE LALLA, *Il concetto legislativo*, cit., p. 146 e ss.; O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 406. In posizione cauta, in merito all'utilizzazione del principio di obbligatorietà quale vincolo "duraturo" per l'attività svolta dal p.m. nel corso del processo, v. M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2658. Sull'argomento è pure utile la rilettura delle pagine di F. CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., p. 40, che paragona l'imputazione effettuata dal p.m. alla magia dell'Apprendista stregone: una volta avviata, sfugge dalle sue mani e vive di vita propria, indifferente ai comportamenti del suo primo artefice.

Da questa osservazione risulta evidente l'insostenibilità del principale argomento portato dalla Corte costituzionale a sostegno dell'idea che l'art. 507 c.p.p. costituisca lo strumento normativo predisposto dal legislatore affinché sia consentita al giudice un'attività di regolare controllo sull'istruzione probatoria del pubblico ministero, intesa quale doveroso prolungamento dell'atto d'esercizio dell'azione.

Ad una siffatta critica, di carattere "tecnico", se ne può aggiungere un'altra, certo "ideologica", ma non per questo meno valida.

L'azione penale, chiaramente, è indisponibile; valga per ogni dubbio l'art. 112 Cost.

È logico, quindi, che il codice preveda un controllo del giudice per le indagini preliminari sul comportamento dell'indagante che intenda archiviare. Una volta superata, però, questa fase germinativa del processo, risulta sproporzionata all'istanza la pretesa di continuare a vegliare sull'operato del pubblico ministero nel dibattimento e anche più in là, teoricamente sino ad esaurimento del rapporto processuale. È logicamente assurdo voler costruire il processo – che ha un *suo scopo*, in quanto momento di verifica circa la commissione del reato ad opera di un dato individuo – come momento di continuo controllo sulle capacità professionali o sulla rettitudine dell'accusatore.

In secondo luogo, il problema del *quis custodet custodes ipsos* non può essere certamente risolto a scapito della terzietà del giudice.

Dopo tutto il pubblico ministero è un organo pubblico cui risulta affidata la potestà punitiva dello Stato, e le sue eventuali inefficienze vanno risolte su un altro piano – quello disciplinare – certamente non mettendogli alle costole un potenziale sostituto, nei panni di quell'altro organo che, invece, sulla fondatezza dell'accusa dovrebbe imparzialmente decidere.

L'art. 507 c.p.p. dev'essere, dunque, interpretato nel senso che al giudice è consentito attivarsi in vista dell'acquisizione di materiale probatorio idoneo a completare il suo patrimonio conoscitivo, solo qualora, da un lato, le parti si siano già impegnate, benché, magari, in maniera insufficiente, nell'opera istruttoria e, dall'altro, le prove acquisibili non siano quelle rispetto alle quali le parti siano già decadute, per mancato rispetto degli oneri previsti dall'art. 468 c.p.p.

La lettura proposta dalla Corte costituzionale è inaccettabile, in quanto adatta a provocare un vero e proprio rivolgimento nei criteri

informatori del codice, e un ritorno a schemi che si era inteso consapevolmente abbandonare. Sulla scorta di quella lettura, lo svolgimento lacunoso e superficiale d'indagini preliminari, seguito da imputazioni realmente "azzardate", diverrebbe non una patologica "eccezione", bensì la regola, finalizzata a scaricare sul dibattimento i problemi di organizzazione del lavoro che affliggono la fase procedimentale, e legittimata da un recuperato "interventismo" del giudice; la parte-accusa potrebbe nuovamente cadere nel sonno dibattimentale di chi sa che le proprie inefficienze vengono sempre puntellate dalla mano fraterna dell'organo pubblico giudicante; la presunzione d'innocenza tornerebbe, quindi, a svuotarsi d'importanza, come accade là dove è consentito che sulla *tabula rasa* probatoria si scriva non una coerente assoluzione, bensì l'intervento del giudice d'udienza in soccorso del pubblico ministero; l'imparzialità di chi è chiamato a chiarire l'accaduto storico e a dargli una qualificazione giuridica adeguata, risulterebbe garantita solo dalle virtù personali del singolo giudice, non più dai meccanismi del processo.

È un prezzo alto da pagare, affinché sia ristabilito il vecchio ordine, e il giudice ritorni ad essere quell'organo onnisciente cui venivano integralmente affidati i destini dell'azione penale esercitata.

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO IL DOGMA DELL'AZIONE PENALE

1. Generalità	pag.	1
2. L'azione	»	5
3. L'azione penale. Cenni storici e lineamenti evolutivi	»	14

CAPITOLO SECONDO I CARATTERI DELL'AZIONE PENALE

1. Considerazioni preliminari	»	27
2. Obbligatorietà	»	28
3. (<i>segue</i>): l'obbligatorietà nel reale	»	39
4. Pubblicità	»	44
5. Officialità	»	50
6. Irretrattabilità	»	57

CAPITOLO TERZO I CONTROLLI SULL'INAZIONE DEL PUBBLICO MINISTERO

1. Note introduttive	»	63
2. L'archiviazione come concetto	»	66
3. L'archiviazione nei codici abrogati	»	75
4. Il progetto preliminare del 1978	»	89

5. Lineamenti attuali dell'archiviazione.	pag. 96
6. (<i>segue</i>): la cosiddetta discrezionalità del pubblico ministero	» 111
7. Il controllo sul mancato esercizio dell'azione nella Repubblica Federale Tedesca: A) la struttura del "Klageerzwingungsverfahren"	» 123
8. (<i>segue</i>): B) evoluzione e caratteristiche del "Klageerzwingungsverfahren"	» 130
9. (<i>segue</i>): C) i compiti del "Klageerzwingungsverfahren"	» 136
10. (<i>segue</i>): D) il ruolo della vittima in funzione di controllo sull'operato del pubblico ministero	» 140
11. Il sistema dei controlli sull'inazione	» 142
12. (<i>segue</i>): i provvedimenti negativi	» 159
13. Il comportamento del pubblico ministero nelle indagini su un reato commesso da ignoti	» 180
14. Il ruolo della persona offesa nella fase di controllo nella richiesta d'archiviazione	» 185
15. I controlli interni alla struttura del pubblico ministero: l'avocazione	» 196

CAPITOLO QUARTO MODELLI DIVERGENTI DALLO SCHEMA PROCEDIMENTALE ORDINARIO

1. Azione e archiviazione nel procedimento pretorile .	» 211
2. Il problema dell'archiviazione nel procedimento per i reati ministeriali	» 217
3. Il problema dell'archiviazione con particolare riguardo ai procedimenti per reati di criminalità organizzata	» 226

CAPITOLO QUINTO I CONTROLLI SUGLI ADDEBITI PROVVISORI

1. I prodromi dell'azione	» 239
---------------------------------	-------

2. Controlli sul potere cautelare	pag.	242
3. Controlli sui tempi delle indagini	»	246

CAPITOLO SESTO I CONTROLLI SULL'AZIONE ESERCITATA

1. L'udienza preliminare e il cosiddetto "esercizio apparente dell'azione penale"	»	255
2. L'azione penale nel dibattimento	»	272